شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف

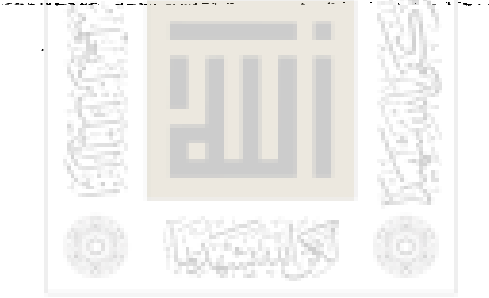
الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

المجلد السابع

دار
احياء التراث العربي
بيروت - لبنان



شرح فتح القدير
للعاجز الفقير



شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

دار احياء التراث العربي
بيروت - لبنان

الجزء السابع



﴿ الجزء السابع ﴾

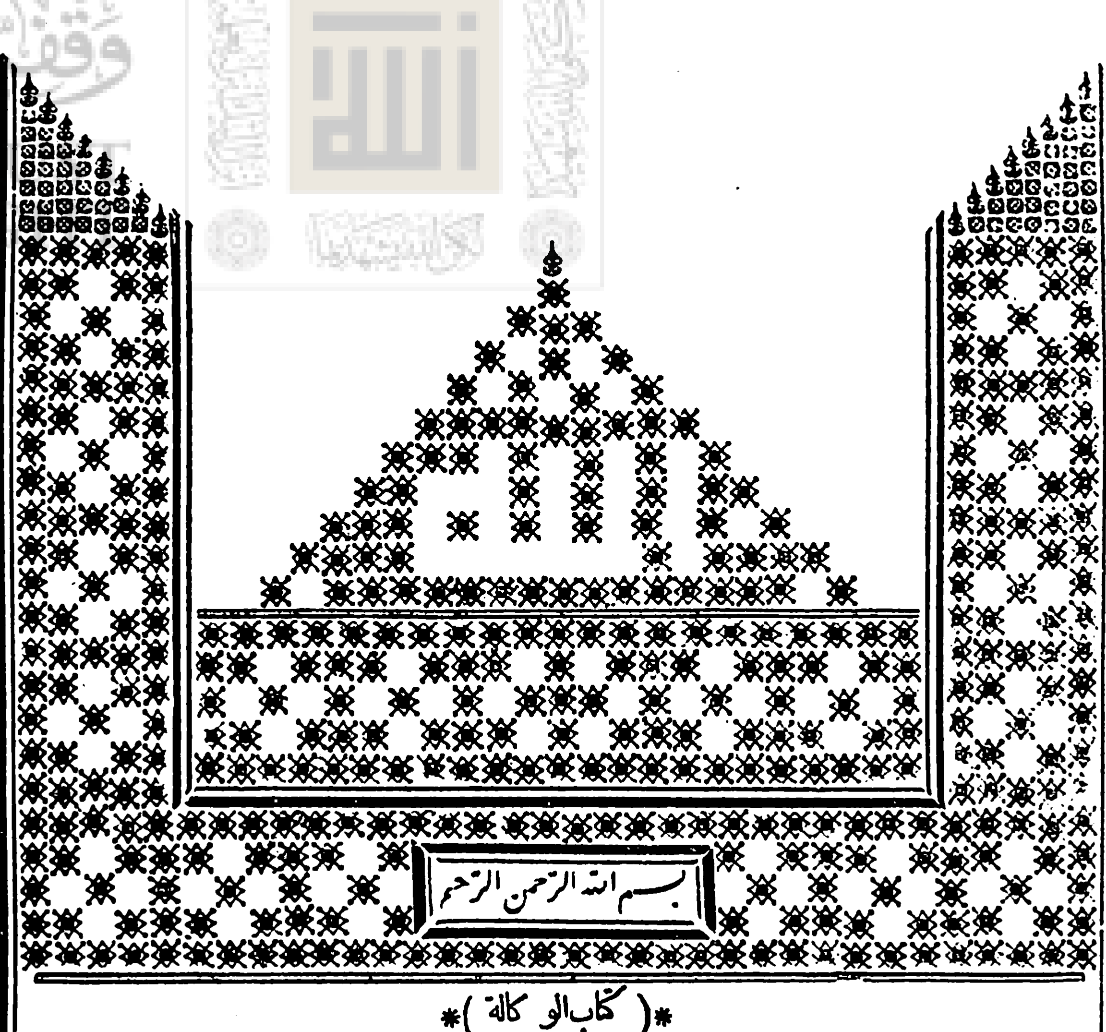
من شرح الهداية وهو نتائج الافكار
فى كشف الرموز والاسرار لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر
المعروف بقاضى زاده أفندى قاضى عسكر روملى وهى تكملة فتح القدير
للمحقق الكمال بن الهمام رحمهم الله تعالى مع بقية الكفاية
لمولانا جلال الدين الخوارزمى الكرلانى على الهداية شرح
بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان الدين أبى
الحسن على بن عبد الجليل أبى بكر المرغينانى
الرشدانى المتوفى سنة ٥٩٣ فى
الفقه على مذهب الامام
الاعظم أبى حنيفة رحمهم
الله ونفعنا بهم
آمين

وبهامشه بقية شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى چلبى و بسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

(تنبيه) قد جعلنا الهداية ونتائج الافكار التكملة والكفاية فى الصلب الاول فى صدر الصحيفة و يليه الثانى مفصولا بينهما بجدول ثم الثالث مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى چلبى الاول فى صدر الهامش و يليه الثانى والتعقيبة تابعة للهداية فليعلم

(تنبيه آخر) قد ابتدأ صاحب التكملة فى شرحه بكتاب الوكالة وسبقه صاحب الفتح الى شرح جملة من هذا الكتاب انتهى فيها الى قول صاحب الهداية والعقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين الخ فأثبتنا الكتابتين تكثيرا للفائدة ومحافظة على استيفاء التكملة واكتفينا بما أسلفناه من عبارة الهداية والعناية عند كتابة الفتح عن اعادته هنا فليعلم

دار احياء التراث العربي



(كتاب الوكالة)

لما فرغ من بيان أحكام الشهادات بأنواعها وما يتبعها من الرجوع عنها شرع في بيان أحكام الوكالة اما لمناسبة أن كل واحد من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله تعالى ثم الله شهيد على ما يفعلون وقوله تعالى حكاية حسبنا الله ونعم الوكيل واما لان كلا منهما ايصال النفع الى الغير بالاعانة في حقه واما لان كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب في المعاملات كذا في النهاية **قال** صاحب العناية عقب الشهادة بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فأثر تأخيرها انتهى وقال بعض الفضلاء في بيان قوله وقد يكون فيها التعاوض أيضا كما اذا كان وكيلا بالبيع أو الشراء مثلا انتهى أقول هذا سهو ظاهر لان التعاوض فيما ذكره من المثال انما هو في متعلق الوكالة أعني الموكل به وهو البيع أو الشراء لا نفس الوكالة والكلام فيها لا في الاول والا فقد يكون التعاوض في متعلق الشهادة أيضا كما اذا شهد بالبيع أو الشراء مثلا والصواب أن مراد صاحب العناية هو أنه قد يكون في نفس الوكالة التعاوض كما اذا أخذ الوكيل الاجرة لاقامة الوكالة فانه غير ممنوع شرعا اذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل اقامتها فيجوز أخذ الاجرة فيها بخلاف الشهادة فانها فرض يجب على الشاهد أداؤها فلا يجوز فيها التعاوض أصلا ثم ان محاسن شرعية الوكالة ظاهرة اذ فيها قضاء حوائج المحتاجين الى مباشرة أفعال لا يقدرون عليها بأنفسهم فان الله تعالى خلق الخلائق على همم شتى وطبائع مختلفة وأقوياء وضعفاء وليس كل أحد يرضى أن يباشر الاعمال بنفسه ولا كل أحد يهتدي الى المعاملات فمست الحاجة الى شرعية الوكالة فنبينا صلى الله عليه وسلم باشر بعض الامور بنفسه الكريمة تعليما للسنة التواضع وفوض بعضها الى غيره ترفيها لاصحاب المروآت ثم إن ههنا أمورا يحتاج الى معرفتها تفسير الوكالة لغة وشرعا ودليل جوازها وسببها وركنها وشرطها وصفتها وحكمها أما تفسيرها لغة فالوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء كأنه فعيل بمعنى مفعول

لانه

لانه موكول اليه الامر أي مفوض اليه وأما شرعا فهي عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وأما دليل جوازها فالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة لان ذلك كان توكيلا وقد قصه الله تعالى عن أصحاب الكهف بلا نكير فكان شريعة لنا والسنة وهي ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وعروة البارقي به أيضا ووكل عمر بن أم سلمة بالتزويج والاجماع فان الامة أجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وكذا المعقول يدل عليه على ما سيأتي في الكتاب وأما سببها فتعلق البقاء المقدر بتعاطيها كما في سائر المعاملات وأما ركنها فالالفاظ التي تثبت بها الوكالة كلفظ وكلت وأشباهه روى بشر بن غياث عن أبي يوسف رحمه الله اذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذلك توكيل وأمر بالبيع وأما شرطها فان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام كما سيأتي في الكتاب وستعرفه مشروحا وأما صفتها فهي أنها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وأما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى في مختصره (كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به لاحد فلا يرد عليها أن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند أبي حنيفة رحمه الله لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس على ما نصوا عليه والعجب ههنا أن صاحب العناية مع اعترافه بذلك حيث أجاب عن الاعتراض بالصورة المذكورة بان العكس غير لازم وليس بمقصود قال في شرح هذا المقام هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز انتهى فان العكس اذا لم يكن لازما ولا مقصودا في الضوابط كيف يتبين بهذه الضابطة ما لا يجوز التوكيل به وقد اعترض على طرد هذه الضابطة بوجوه الاول أن الوكيل جاز له أن يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والثاني أن الانسان جاز له أن يستقرض بنفسه ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز والثالث أن الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له أن يوكل المسلم ببيعها وأجيب عن الاول بان المراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو أن يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك وعن الثاني بان محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا على ما عرف وذلك ليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي استقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد هذا بانه مقرر للنقض لا دافع ودفع بانه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم ونقض بالتوكيل بالشراء فانه جائز وما ذكرتم موجود فيه وفرق بان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه وقيل هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل ودفع بان ذلك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض هذا نهاية ما في العناية أقول ولقائل أن يقول كما أن الامر بالتصرف في ملك الغير باطل كذلك التصرف بنفسه في ملك الغير باطل فيلزم أن يكون الاستقراض بنفسه أيضا باطلا بناء على هذا وليس كذلك ثم أقول يمكن أن يدفع ذلك بان المستقرض بنفسه متصرف في ملك نفسه وهو عبارته دون ملك غيره وهو الدراهم المستقرضة وأما المأمور بالاستقراض فان تصرف في عبارة نفسه بان قال للمقرض مثلا أقرضني عشرة دراهم كان الاستقراض لنفسه لا للآمر فله أن يمنع العشرة من الآمر كما صرحوا به وان تصرف في عبارة الآمر بان قال مثلا ان فلانا يستقرض منك عشرة دراهم ففعل المقرض كانت العشرة للآمر ولكن المأمور يصير في هذه الصورة رسولا لا وكيلا والباطل هو الوكالة في الاستقراض دون الرسالة فيه فان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو حقه وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل فلا يمكننا تصحيح هذا الامر باعتبار العبارة كما نص عليه في الذخيرة بقي ههنا شئ وهو أن ما ذكر منقوض بجواز التوكيل بالاستيهاب والاستعارة وسيأتي تمام بحثه ان شاء الله تعالى وأجيب عن الثالث بان الذمي كما يملك بيع الخمر بنفسه يملك توكيل غيره ببيعها أيضا حتى انه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز وانما لم يجز

توكيل المسلم ههنا المعنى فى المسلم وهو أنه مأمور بالاجتناب عنها وفى جواز التوكيل ببيعها اقترابها فكان ذلك أمرا عارضا فى الوكيل والعوارض لا تقدح فى القواعد حتى أن قائلا لو قال كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطؤها لا يرد عليه الحائض والمحرمة هذا زبدة ما فى أكثر الشروح وأجاب عنه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال والذمى بجازله توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا فى ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها انتهى وقال بعض الفضلاء هذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض أيضا الا أنه لما كان مخالفا لما سيجىء من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح فى معرض الجواب ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضا انتهى أقول ليس هذا بسديد أما أولا فلان ماذكره صاحب العناية ههنا لا يكاد يكون جوابا عن النقض بالاستقراض لان المانع هنالك فى نفس التوكيل وهو بطلان الامر بالتصرف فى ملك الغير والمانع ههنا على رأيه انما هو فى التوكل وهو حرمة اقتراب المسلم من الخمر فاين هذا من ذاك واما ثانيا فلانه لا معنى لقوله ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح على ماذكرناه من قبل وليس فيه شئ مناف لما سيجىء من المصنف رحمه الله من أن التوكيل بالاستقراض باطل كما لا يخفى على الفطن فلا وجه لدرج قوله المذكور فى حيز جواب لما فى قوله الا أنه لما كان مخالفا لما سيجىء من المصنف الخ ثم قال ذلك القائل بقى فيه بحث اذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار ثم ليت شعرى ما معنى جوازه انتهى أقول هذا ساقط جدا اذ لا يذهب على ذى مسكة أن الانكسار مطاوع الكسر فلا يتحقق أحدهما بدون الآخر بخلاف التوكيل والتوكل فان التوكيل تفويض الامر الى الغير والتوكل قبول الوكالة على ما صرحوا به ولا شك فى جواز تحقق الاول بدون الثانى ثم لا ينبغى أن يتوهم لزوم مطاوع لكل فعل متعد ألا ترى الى صحة قولك خيرته فلم يختر وصحة قولك نبهته فلم يتنبه وما أشبههما فى ذلك قولك وكلته فلم يتوكل فلا اشكال أصلا قال المصنف رحمه الله فى تعليل جواز الوكالة فيما ذكره (لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال) بان كان مريضا أو شيخا فانيا أو رجلا ذا وجاهة لا يتولى الامور بنفسه (فيحتاج الى أن يوكل غيره) فلو لم يجز التوكيل لزم الحرج وهو منتف بالنص (فيكون) أى الانسان (بسبيل منه) أى من التوكيل (دفعا لحاجته) ونفيا للحرج واعترض على هذا بانه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز أصلا وأجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهى تراعى فى الجنس لا فى الافراد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك الاعتراض مع جوابه المزبور ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز انتهى أقول وجود الحاجة بدون العجز فى باب الوكالة ممنوع فانهم صرحوا ومنهم الشارح ابن الهمام بان الوكالة أبدا اما للعجز واما للترفه والظاهر أن ليس فى صورة الترفه حاجة فتأمل (وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء) أى بشراء الاضحية (حكيم بن حزام) ويكنى أبا خالد ولد قبل الفيل بثلاث عشرة سنة أو باثنتى عشرة سنة على اختلاف الروايتين أسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مسلما وكان من وجوه قريش وأشرافها وعاش فى الجاهلية ستين سنة وفى الاسلام ستين سنة ومات بالمدينة فى خلافة معاوية رضى الله عنه سنة أربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة كذا ذكره ابن شاهين فى كتاب المعجم وقال الكرخى فى أول كتاب الوكالة فى مختصره حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزى قال حدثنا يعقوب الدورقى قال حدثنا عبد الرحمن بن زيزى عن سفيان عن أبى حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشترى له به أضحية فاشترى له أضحية بدينار فباعها بدينارين ثم اشترى أضحية بدينار فجاءه بدينار وأضحية فتصدق النبى صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعا له بالبركة (وبالتزويج عمر ابن أم سلمة) أى وكله بتزويج أمه أم سلمة من النبى صلى الله عليه وسلم كذا فى الشروح قال صاحب غاية البيان ولنا فى توكيل عمر ابن أم سلمة نظر لان النبى صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة بعد وقعة بدر فى سنة اثنتين كذا قال أبو عبيدة معمر بن المثنى وكان عمر بن أبى سلمة يوم توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم

ابن تسع سنين قاله الواقدى ويكون على هذا الحساب سن عمر ابن أم سلمة يوم تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أمه سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو طفل لا يعقل انتهى وقد سبقه الى هذا النظر ابن الجوزى حيث قال فى هذا الحديث نظر لان عمر ابن أم سلمة كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين وكيف يقال لمثل هذا زوج بيانه أنه عليه الصلاة والسلام تزوجها فى سنة أربع ومات عليه الصلاة والسلام ولعمر تسع سنين انتهى وقال ابن عبد الهادى صاحب التنقيح قوله انه عليه الصلاة والسلام مات ولعمر تسع سنين بعيد وان كان قد قاله الكلاباذى وغيره وقال قال ابن عبد البر انه ولد فى السنة الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوى هذا ما أخرجه مسلم فى صحيحه عن عمر ابن أم سلمة انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال عليه الصلاة والسلام سل هذه فاخبرته أمه أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام يصنع ذلك فقال عمر رضى الله عنه يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر فقال صلى الله عليه وسلم أما والله انى لاتقاكم لله تعالى وأخشاكم وظاهر هذا انه كان كبيرا وأقول ظاهر قول المصنف رحمه الله وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل الخ يدل على أن المراد به ذكر الدليل النقلى على قوله كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره بعد أن ذكر دليلا عقليا عليه فيتجه على ذلك أن توكيل النبى صلى الله عليه وسلم فى المادتين المخصوصتين لا يدل على ما فى الدعوى المذكورة من الكلية فلعل الوجه أن يكون المراد به مجرد تأييد ما تقدم من التعليل العقلى الذى مبناه دفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبى صلى الله عليه وسلم لا اقامة دليل مستقل على دعوى الكلية السابقة وكانه عن هذا قال وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل الخ ولم يقل ولان النبى صلى الله عليه وسلم وكل الخ (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى فى مختصره (وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق) أى فى جميعها (لما قدمنا من الحاجة) يشير الى قوله لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى أن يوكل غيره (اذ ليس كل أحد يهتدى الى وجوه الخصومات) تعليل لجريان ما قدمه ههنا قال صاحب غاية البيان أما التوكيل بالخصومة فى سائر الحقوق فانما جاز لما روينا قبل هذا أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل فى الشراء فاذا جاز التوكيل فيه جاز فى غيره لان كل عقد يجوز أن يتولاه الموكل بنفسه جاز أن يوكل غيره كالبيع ولان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فجاز أن يوكل غيره وهو المراد من قوله لما قدمنا انتهى أقول تعليله الثانى الذى هو مراد المصنف رحمه الله بقوله لما قدمنا صحيح لا ريب فيه وأما تعليله الاول فغير صحيح لان الكلام ههنا فى التوكيل بالخصومات لا فى التوكيل فى العقود وما ذكره فى تعليله الاول انما يتمشى فى العقود دون الخصومات ولذلك قال المصنف رحمه الله (وقد صح أن عليا رضى الله تعالى عنه وكل عقيلا) أى وكله فى الخصومات وانما كان يختار عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب حتى حكى أن عليا رضى الله عنه استقبله يوما ومعه عنز فقال على رضى الله عنه على سبيل الدعابة أحد الثلاثة أحمق فقال عقيل أما أنا وعنزى فعاقلان (وبعدما أسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر) الطيار رضى الله تعالى عنه اما لانه وقر عقيلا رضى الله عنه لكبر سنه أو لانه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر رضى الله عنه وكان شابا ذكيا كذا فى المبسوط أخرج البيهقى عن عبد الله بن جعفر قال كان على رضى الله عنه يكره الخصومة وكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبى طالب فلما كبر عقيل وكلنى وأخرج عن على رضى الله عنه أنه كان وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقال الخصاف فى أدب القاضى حدثنا معاذ بن أسد الخراسانى قال حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق عن جهم بن أبى الجهم عن عبد الله بن جعفر أن عليا رضى الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها قحما تحضرها الشياطين فجعل على رضى الله عنه الخصومة الى عقيل فلما كبر ورق حولها الى فكان على رضى الله عنه يقول ما قضى لوكيلى فلى وما قضى على وكيلى فعلى انتهى وقال الزمخشرى فى الفائق ان عليا رضى الله عنه وكل أخاه عقيلا بالخصومة ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رضى الله عنه وكان لا يحضر الخصومة ويقول ان لها لقحما وان الشياطين تحضرها أى مهالك وشدائد وقحم الطريق ما صعب منه وشق على سالكه انتهى وفى هذا

الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة وفيه دليل أيضا على أن لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء لصنع على رضى عنه وقال بعض العلماء الاولى أن يحضر بنفسه لان الامتناع من الحضور الى مجلس القاضى من علامات المنافقين وقد ورد النم على ذلك قال الله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وجوابه أن تاويل الآية الرد من المنافق والاجابة من المؤمن اعتقادا كذا فى شرح أدب القاضى وذكر فى غاية البيان (وكذا بايفائها واستيفائها) أى وكذا تجوز الوكالة بايفاء الحقوق واستيفائها لما مر من دفع الحاجة (الا فى الحدود والقصاص) فان الوكالة لا تصح باستيفائها أى باستيفاء الحدود والقصاص (مع غيبة الموكل عن المجلس) وأما الوكالة بايفاء الحدود والقصاص فعدم صحتها مطلقا أى مع غيبة الموكل ومع حضوره أمر بين لان ايفاءها انما يكون بتسليم النفس أو البدن لاقامة العقوبة الواجبة وهذا لا يصح الا من الجانى اذ اقامة العقوبة على غير الجانى ظلم صريح فلذلك اكتفى المصنف رحمه الله بنفى صحة الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل وقال فى تعليله (لانها) أى الحدود والقصاص (تندرئ بالشبهات) فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما فى ذلك من ضرب شبهة كما فى كتاب القاضى الى القاضى والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال (وشبهة العفو ثابتة حال غيبته) أى غيبة الموكل هذا الوجه مخصوص بالقصاص اذ الحدود لا يعفى عنها فالمراد أن فى القصاص ثبوت شبهة أخرى حال غيبة الموكل وهى شبهة العفو لجواز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل (بل هو الظاهر) أى بل العفو هو الظاهر (للندب الشرعى) لقوله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وفى القصاص خلاف الشافعى رحمه الله فانه يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه ولكنا نقول هذه عقوبة تندرئ بالشبهات بخلاف سائر حقوقه فافترقا (بخلاف غيبة الشاهد) حيث يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته (لان الظاهر عدم الرجوع) يعنى أن الشبهة فى حق الشاهد هى الرجوع والظاهر فى حقه عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل لا سيما فى العدول فلم يعتبر مثل هاتيك الشبهة أقول يرد عليه أن الرجم من الحدود ولا يستوفى عند غيبة الشهود فى ظاهر الرواية كما مر فى كتاب الحدود ويقتضى ذلك اعتبار شبهة الرجوع فى حق الشهود هناك اللهم الا أن يقال عدم استيفاء الحد اذ ذاك لفوات الشرط وهو بداءة الشهود بالرجم لا بمجرد شبهة الرجوع فتأمل (وبخلاف حالة الحضرة) أى حضرة الموكل فى المجلس حيث يستوفى ذلك عندها (لانتفاء هذه الشبهة) أى شبهة العفو فان العفو عند حضور الموكل مما لا يخفى فلا شبهة أقول القائل أن يقول ان انتفاء الشبهة المعينة لا يقتضى انتفاء الشبهة مطلقا والحدود والقصاص تندرئ بمطلق الشبهات فلا يتم التقريب على أن شبهة العفو مخصوصة بالقصاص فلم يظهر الفرق بين الحضرة والغيبة فى استيفاء الحدود أصلا ولما استشعر أن يقال اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء رأسا اذ هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله (وليس كل أحد يحسن الاستيفاء) اما لقلة هدايته أو لان قلبه لا يحتمل ذلك (فلو منع عنه) أى عن التوكيل بالاستيفاء (ينسد باب الاستيفاء أصلا) أى ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه قال المصنف رحمه الله (وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله) وقال جمهور الشراح فى تفسير كلام المصنف هذا أى جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص قول أبى حنيفة رحمه الله وقالوا فى توجيه تفسيرهم اياه بهذا المعنى لانه لما قال وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق أى جميعها وبايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفاءها بقيت الخصومة بالحدود والقصاص داخلة فى قوله بالخصومة فى سائر الحقوق فقال هذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا الذى ارتكبوه فى حل كلام المصنف رحمه الله ههنا تكلف بارد وتعسف شارد حيث جعلوا البعض الغير المعين فى الكلام السابق بل الداخل فى مجرد كليته مشارا اليه بلفظ هذا الذى يشار به الى المحسوس المشاهد أو الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد ثم ان ههنا

لمندوحة عن ذلك بحمل كلام المصنف رحمه الله على معنى ظاهر منه وهو أن هذا الذى ذكرناه صريحا فيما مر آنفا من قولنا وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق قول أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود أيضا) أى قال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة بالخصومة فى بعض من تلك الحقوق وهو اثبات الحدود والقصاص أيضا أى كما لا تجوز الوكالة بايفاء الحدود والقصاص واستيفائها بالاتفاق (وقول محمد مع أبى حنيفة رحمهما الله تعالى وقيل مع أبى يوسف رحمه الله) يعنى أن قول محمد مضطرب يذكر تارة مع أبى حنيفة وتارة مع أبى يوسف ولكن الظاهر من تحرير المصنف ترجيح الاول كما لا يخفى على الفطن قال فى الكافى بعد قوله وقول محمد مضطرب والاظهر أنه مع أبى حنيفة (وقيل هذا الاختلاف) بين أبى حنيفة وأبى يوسف (فى غيبته) أى غيبة الموكل (دون حضرته) أى هو جائز فى حضرته بالاتفاق (لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره) فصار كأنه متكلم بنفسه (له) أى لابى يوسف رحمه الله تعالى (ان التوكيل انابة) والانابة فيها شبهة لا محالة (وشبهة النيابة يتحرز عنها فى هذا الباب) أى فى باب الحدود والقصاص لانه مما يندرئ بالشبهات (كما فى الشهادة على الشهادة) أى كالشبهة التى فى الشهادة على الشهادة حتى لا يثبت بها الحدود والقصاص بالاتفاق كما لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضى الى القاضى (وكما فى الاستيفاء) أى وكالشبهة التى فى التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فانها مانعة لصحة التوكيل بالاتفاق (ولابى حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) أى لا حظ لها فى الوجوب ولا فى الظهور (لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته بنفسه (فيجرى فيه التوكيل كما فى سائر الحقوق) أى باقيها لقيام المقتضى وانتفاء المانع لا يقال المانع موجود وهو الشبهة كما فى الاستيفاء والشهادة على الشهادة على ما مر لانا نقول الشبهة فى الشرط لا تصلح للمنع اذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانها يتعلق بها الظهور (وعلى هذا الخلاف) المذكور (التوكيل بالجواب من جانب من عليه) أى من جهة من عليه (الحد) أو القصاص فاجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف وقول محمد مضطرب قال المصنف (وكلام أبى حنيفة فيه) أى فى التوكيل بالجواب (أظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع) يعنى أن التوكيل بالجواب انما يكون للدفع ودفع الحدود والقصاص يثبت بالشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال فالشبهة التى ذكرت فى دليل أبى يوسف رحمه الله على تقدير كونها معتبرة لا تمنع ههنا (غير أن اقرار الوكيل غير مقبول عليه) أى على موكله يعنى لو أقر الوكيل فى مجلس القضاء بوجوب الحد والقصاص على موكله لم يقبل اقراره استحسانا (لما فيه) أى لما فى اقراره (من شبهة عدم الامر به) ولم يعتبر فيما يندرئ بالشبهات والقياس أن يقبل اقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما فى الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما ذكره المصنف رحمه الله وتوضيحه أنا حملنا التوكيل بالخصومة على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فاما فى الحقيقة فالاقرار ضد الخصومة والمجاز وان اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة معتبرة فيما يندرئ بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات كذا فى المبسوط وذكر فى كثير من الشروح واعلم أن جواز التوكيل باثبات الحدود عند من جوزه انما هو فى حد القذف وحد السرقة وأما التوكيل باثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقا لانه لا حق فيهما لاحد من العباد وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان أجنبيا عنه لا يصح توكيله به نص عليه فى الكافى والتبيين (وقال أبو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة) سواء كان التوكيل من قبل الطالب أو من قبل المطلوب (بغير رضا الخصم) ويستوى فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر والثيب كذا فى الشروح والفتاوى (الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا) يعنى الا أن يكون الموكل معذورا بعذر المرض أو السفر فحينئذ يجوز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم عنده أيضا (وقالا) أى أبو يوسف ومحمد (يجوز التوكيل بغير

رضا الخصم) أى يجوز ذلك عندهما فى جميع الاحوال سواء رضى الخصم أم لا وسواء كان الموكل معذورا أم لا وكان أبو يوسف يقول أولا يقبل ذلك من النساء دون الرجال ثم رجع عن ذلك وقال يقبل من النساء والرجال جميعا (وهو قول الشافعى رحمه الله) أيضا وفى الخلاصة والفقيه أبو الليث يفتى بقولهما وفى فتاوى قاضيخان وبه أخذ أبو القاسم الصفار وقال شمس الائمة السرخسى الصحيح عندى أن القاضى اذا علم بالمدعى التعنت فى اباء الوكيل يقبل التوكيل ولا يلتفت اليه وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بالمدعى ليشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل والتلبيس لا يقبل منه التوكيل وذكر شمس الائمة الحلوانى أن ذلك يفوض الى رأى القاضى وهذا قريب من الاول انتهى قال المصنف رحمه الله (ولا خلاف فى الجواز) أى لا خلاف بين أبى حنيفة وبين صاحبيه والشافعى رحمهم الله فى الجواز حتى اذا وكل فرضى الخصم لا يحتاج فى سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة (انما الخلاف فى اللزوم) معناه اذا وكل من غير رضا الخصم هل يرتد برده أم لا عنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا التاويل يكون معنى قول القدورى قال أبو حنيفة لا يجوز ذكر الجواز وأراد اللزوم لان الجواز من لوازم اللزوم فيجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم أى لا يلزم ذكر اللازم وارادة الملزوم كذا فى الشروح وقد تصرف فيه صاحب العناية تحريرا وايرادا حيث قال فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم فان الجواز لازم اللزوم فيكون ذكر اللازم وارادة الملزوم وقال وفيه نظر لانا لا نسلم أن الجواز لازم اللزوم عرف ذلك فى أصول الفقه سلمنا لكن ذلك ليس بمجاز انتهى أقول الظاهر أن مراده بقوله لكن ذلك ليس بمجاز الرد على قوله مجازا بان ماذكره ليس من قبيل المجاز بل هو من قبيل الكناية بناء على ماذهب اليه السكاكى من أن الانتقال فى المجاز من الملزوم الى اللازم وفى الكناية من اللازم الى الملزوم لكنه ليس بشئ أما أولا فلان لفظ المجاز لم يذكر فى تحرير غيره من الشراح ولا يتوقف عليه صحة التاويل المذكور فانه يصح سواء كان بطريق المجاز أو بطريق الكناية فكان مدار رده المزبور على لفظ زاده من عند نفسه فى بيان التاويل المذكور وأما ثانيا فلانهم حققوا أن الانتقال فى المجاز والكناية كليهما من الملزوم الى اللازم وردوا ماذهب اليه السكاكى بان اللازم مالم يكن ملزوما لم ينتقل منه الى الملزوم وجعلوا العمدة فى الفرق بينهما جواز ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها فحينئذ يجوز أن يجعل لفظ يجوز فيما نحن فيه مجازا عن معنى يلزم بلا محذور أصلا ثم قال صاحب العناية والحق أن قوله لا يجوز له التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم فى قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضى به الخصم صح والا فلا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف فى الجواز والى التوجيه بجعله مجازا انتهى أقول لا يخفى على الفطن أن هذا كلام خال عن التحصيل لانه ان أراد بقوله ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم فى قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم أن معنى الاول من حيث الحقيقة هو معنى الثانى بعينه وليس كذلك اذ لا شك أن معنى الجواز من حيث الحقيقة يغاير معنى اللزوم فنفى الاول يغاير نفى الثانى قطعا وان أراد بذلك أن الثانى هو المراد من الاول مجازا أو كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة الى قوله ولا خلاف فى الجواز فان المتبادر من الالفاظ معانيها الحقيقية فيتبادر الى ذهن الناظر فى مسئلتنا هذه أن يكون الخلاف المذكور فى نفس الجواز فدفع المصنف ذلك بقوله ولا خلاف فى الجواز انما الخلاف فى اللزوم فهذا الكلام لا غبار عليه ثم اعلم أن المصنف رحمه الله ليس باول من حمل الخلاف المذكور على اللزوم بل سبقه الى ذلك كثير من المشايخ منهم الامام شمس الائمة السرخسى حيث قال فى شرح أدب القاضى ان التوكيل عند أبى حنيفة بغير رضا الخصم صحيح ولكن للخصم أن يطالب الموكل بان يحضر بنفسه ويجيب ومنهم الامام علاء الدين العالم حيث قال فى طريقة الخلاف التوكيل بغير رضا الخصم لا يقع لازما وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله يقع لازما وذكر فى المحيط البرهانى أن رضا الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند أبى يوسف ومحمد وقد اختلف المشايخ على قول أبى حنيفة بعضهم قالوا رضا الخصم عنده ليس بشرط صحة التوكيل بل هو شرط لزومه وقال بعضهم لا بل رضا الخصم عنده شرط

صحة

صحة التوكيل وانما اختلفوا باختلاف ألفاظ الكتاب ذكر فى شفعة الاصل أن التوكيل بغير رضا الخصم باطل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وذكر فى وكالة الاصل لا يقبل التوكيل بغير رضا الخصم عند أبى حنيفة والصحيح أن التوكيل عنده صحيح غير لازم حتى لا يلزم الخصم الحضور والجواب لخصومة الوكيل الا أن يكون الموكل مريضا مرضا لا يمكنه الحضور بنفسه مجلس الحكم أو غائبا مسيرة سفر فحينئذ يلزم عنده انتهى وهكذا ذكر فى الذخيرة أيضا (ولهما) أى لابى يوسف ومحمد (أن التوكيل تصرف فى خالص حقه) أى فى خالص حق الموكل وهذا لانه اما أن يوكله بالخصومة أو بالجواب وكلاهما من خالص حقه أما الخصومة فلانها الدعوى وهى خالص حق المدعى حتى لا يجبر عليها وأما الجواب فلانه اما انكار أو اقرار وكل واحد منهما خالص حق المدعى عليه واذا كان كذلك (فلا يتوقف على رضا غيره) فصار (كالتوكيل بتقاضى الديون) وقبضها وايفائها (وله) أى لابى حنيفة رحمه الله (ان الجواب مستحق على الخصم) يعنى ان الجواب حق واجب للمدعى على المدعى عليه (ولهذا يستحضره) أى يستحضر المدعى الخصم فى مجلس القاضى قبل أن يثبت له عليه شئ ليجيبه عما يدعيه عليه وغاية مافى الباب أن يكون التوكيل تصرفا فى خالص حق الموكل لكن تصرف الانسان فى خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير (و) ههنا ليس كذلك اذ لا شك أن (الناس متفاوتون فى الخصومة) أى من جهة الدعوى والاثبات ومن جهة الدفع والجواب فرب انسان يصور الباطل فى صورة الحق ورب انسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه وقد دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام انكم تختصمون الى ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشئ من مال أخيه فلا يأخذ فانما أقطع له قطعة من نار ذكره فى أدب القاضى والاسرار ومعلوم أنه لا يوكل عادة الا من هو ألد وأشد فى الخصومات ليغلب على الخصم (فلو قلنا بلزومه) أى بلزوم التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم (يتضرر به) أى يتضرر الخصم به (فيتوقف على رضاه) فصار (كالعبد المشترك اذا كاتبه أحدهما) أى أحد الشريكين (يتخير الآخر) أى يتخير الشريك الآخر بين امضاء الكتابة وفسخها فكان تصرف أحدهما متوقفا على رضا الآخر وان كان تصرفا فى خالص حقه لمكان ضرر شريكه قال صاحب النهاية فى شرح الدليل المذكور من قبل أبى حنيفة رحمه الله ومعنى هذا الكلام أن الحضور والجواب مستحق عليه بدليل أن القاضى يقطعه عن أشغاله ويحضره ليجيب خصمه والناس يتفاوتون فى هذا الجواب فرب انكار يكون أشد دفعا للمدعى من انكار والظاهر ان الموكل انما يطلب من الوكيل ذلك الاشد فان الناس انما يقصدون بهذا التوكيل أن يشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل ليدفع حق الخصم عن الموكل وفيه اضرار بالخصم وأكثر مافى هذا الباب أن يكون توكيله بما هو من خالص حقه ولكن لما كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه الذى قلنا لا يملك بدون رضاه انتهى كلامه وعلى هذا المنوال سبق الدليل المزبور فى الكافى ومعراج الدراية أيضا أقول فيه نظر لان أصل هذه المسئلة عام لصورة التوكيل من جانب المدعى ولصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما أفصح عنه الشراح قاطبة فى صدر هذه المسئلة وصرح به فى عامة كتب الفتاوى أيضا وفى تقرير الدليل المزبور على الوجه الذى ذكره هؤلاء الشراح تخصيص ذلك بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى فكان تقصيرا منهم لتحمله التقرير بوجه يعم الصورتين معا كما ذكرناه فى شرحنا وقال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولابى حنيفة رحمه الله أنا لا نسلم أنه تصرف فى خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره فى مجلس القاضى والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان فى خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس يتفاوتون فى الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى أقول فيه أيضا نظر لانه جعل ماذكر فى الكتاب من قبل أبى حنيفة دليلين أحدهما منعى لما قالاه والآخر تسليمى له فيرد حينئذ على الدليل الاول ما يرد على تقرير صاحب النهاية وغيره من كون الدليل مخصوصا باحدى صورتى المسئلة العامة المدعاة تامل تقف فالوجه أن يجعل المجموع دليلا واحدا ويقرر بوجه يعم الصورتين معا كما فعلناه فى شرحنا لكن الانصاف أن تاثير المقدمة القائلة ان الجواب مستحق

على الخصم انما هو فى صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لا يخفى على الفطن المتامل (بخلاف المريض والمسافر) متصل بقوله الا ان يكون الموكل مريضا أو غائبا والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك (لان الجواب غير مستحق) أى غير واجب (عليهما) أى على المريض والمسافر (هنالك) أى فيما اذا كان الموكل مريضا أو مسافرا لعجز المريض بالمرض وعجز المسافر بالغيبة فلو لم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو منتف بالنص قال الله تعالى وما جعل عليكم فى الدين من حرج أقول ههنا شئ وهو أن ماذكره المصنف من الفرق انما ينفذ فى صورة ان كان التوكيل من جانب المدعى عليه واما فى صورة ان كان من جانب المدعى فلا لان الجواب غير مستحق على المدعى سواء كان صحيحا مقيما أو مريضا مسافرا فان الجواب انما يجب على من يجبر على الخصومة لا على من لا يجبر عليها مع أن المسئلة عامة للصورتين معا كما تحققته فكان ينبغي أن يزاد عليه أن يقال ان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الموت وآفات التاخير أشد من الضرر اللازم بتفاوت الناس فى الخصومة فيتحمل الادنى دون الاعلى وفى فتاوى قاضيخان وأجمعوا على أن الموكل لو كان غائبا أدنى مدة السفر أو كان مريضا فى المصر لا يقدر أن يمشى على قدميه الى باب القاضى كان له أن يوكل مدعيا كان أو مدعى عليه وان كان لا يستطيع أن يمشى على قدميه ولكنه يستطيع أن يمشى على ظهر دابة أو ظهر انسان فان ازداد مرضه بذلك صح التوكيل وان كان لا يزداد اختلفوا فيه قال بعضهم هو على الخلاف أيضا وقال بعضهم له أن يوكل وهو الصحيح انتهى (ثم كما يلزم التوكيل عنده) أى عند أبى حنيفة (من المسافر يلزم اذا أراد السفر لتحقق الضرورة) اذ لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه وفى فتاوى قاضيخان وكما يجوز للمسافر أدنى مدة السفر أن يوكل بغير رضا الخصم يجوز ان أراد أن يخرج الى السفر لكن لا يصدق أنه يريد السفر ولكن القاضى ينظر الى زيه وعدة سفره أو يسال عمن يريد أن يخرج معه فيسال عن رفقائه كما فى فسخ الاجارة انتهى (ولو كانت المرأة مخدرة) اختلفت عبارات المشايخ فى تفسير المخدرة فقال بعضهم هى التى لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس القاضى وقال الامام البزدوى هى التى لا يراها غير المحارم وأما التى جلست على المنصة فرآها الاجانب لا تكون مخدرة فاختار المصنف التفسير الاول حيث قال (لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم) فان هذا صفة كاشفة لمخدرة جارية مجرى التفسير لها (قال الرازى) أراد به الامام أبا بكر الجصاص أحمد بن على الرازى صاحب التصانيف الكثيرة فى الاصول والفروع وأحكام القرآن واليه انتهت رياسة أصحاب أبى حنيفة ببغداد بعد الشيخ أبى الحسن الكرخى وكانت ولادته سنة خمس وثلثمائة ومات سنة سبعين وثلثمائة (يلزم التوكيل) اى يلزم التوكيل منها بلا رضا الخصم وبدون عذر المرض والسفر (لانها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها) دفعا للحرج فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين وهى لا تعرف بالخروج ومخالطة الرجال فى الحوائج يبعث اليها الحاكم ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على حلفها وكذا فى المريضة اذا وجب عليها يمين لان النيابة لا تجرى فى الايمان هكذا ذكر الصدر الشهيد فى أدب القاضى وذكر فيه وان كان يبعث الى المخدرة والمريضة أو الى المريض خليفة فيفصل الخصومة هنالك يجوز لان مجلس الخليفة كمجلسه كذا فى معراج الدراية وغيره (قال رضى الله عنه) أى قال المصنف (وهذا) أى ما قاله الرازى (شئ استحسنه المتاخرون) وفى فتاوى قاضيخان ويجوز للمرأة المخدرة أن توكل وهى التى لم تخالط الرجال بكرا كانت أو ثيبا كذا ذكره أبو بكر الرازى وقال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده ظاهر المذهب عن أبى حنيفة انها على الاختلاف أيضا وعامة المشايخ أخذوا بما ذكره أبو بكر الرازى وعليه الفتوى انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف) قيل هذا على قول أبى يوسف ومحمد فاما على قول أبى حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمى بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظرا الى أصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر يجوز للمسلم فى الاصل وانما امتنع بعارض النهى كذا

في

فى الكافى والكفاية والتبيين قال صاحب النهاية فى تفسير قوله ممن يملك التصرف أى ممن يملك ذلك التصرف الذى وكل الوكيل به وقال قد ذكرنا فى أوائل كتاب الوكالة من رواية الذخيرة أن هذا القيد وقع على قول أبى يوسف ومحمد وأما على قول أبى حنيفة فمن شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا لذلك التصرف الذى وكل الوكيل به فليس بشرط ثم قال فان قلت يشكل على ماذكرناه فى الكتاب ماذكره فى الذخيرة بقوله واذا قال الرجل لغيره خذ عبدى هذا وبعه بعبد أو قال اشتر لى به عبدا صح التوكيل بهذا وان لم يصح مباشرة الموكل فى مثل هذا التصرف فان من قال لغيره بعتك هذا العبد بعبد أو قال اشتريت منك بهذا العبد عبدا لا يجوز قلت انما جاز ذلك فى التوكيل بهذا ولم يجز فى مباشرة نفسه لوجود المعنى الفارق بينهما وهو أن الجهالة انما تمنع عن الجواز لافضائها الى المنازعة وأما اذا لم تؤد اليها فلا تمنع كما فى بيع قفيز من صبرة طعام أو شرائه ثم جهالة الوصف فى التوكيل لا تفضى الى المنازعة لان التوكيل ليس بامر لازم ولا كذلك المباشرة لانها لازمة فتفضى الى المنازعة والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الجهالة انتهى كلامه أقول فى جوابه بحث لان الفارق المذكور فيه انما أفاد لمية صحة التوكيل فى مسئلة الذخيرة وعدم صحة المباشرة بنفسه فى مثلها وهذا القدر لا يدفع السؤال المذكور بل يقويه لان حاصله أن ماذكر فى الكتاب من شرط الوكالة غير متحقق فى مسئلة الذخيرة مع تحقق المشروط فيها والفارق المذكور يقرر هذا المعنى كما لا يخفى وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول أبى يوسف ومحمد وأما على قول أبى حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف فى الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم انه جعل اللام فى قوله يملك التصرف للعهد أى لا يملك التصرف الذى وكل به وأما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبى والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب لكلمة من جنس التصرف انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف وأجاب حيث قال لا يخفى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف والجواب أن مراده أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد حتى يستقيم ادخال من فى من يملك انتهى أقول ليس الامر كما زعمه فانا لا نسلم أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد ألا يرى الى الحقوق المشتركة مالا كانت أو غيره فان كل واحد من أصحابها يملك التصرف فيها تصرفا مخصوصا وان وصل مبلغهم فى التعدد الى الالف مثلا اذا كانت دار مشتركة بين كثيرين فلا شك ان كل واحد منهم يملك التصرف فيها بسكنى أو غيره ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة ادخال من حينئذ فى من يملك فان ذلك انما يتوهم لو كانت كلمة من ههنا للتبعيض وأما اذا كانت للتبيين كما هو الظاهر فى المقام فيستقيم جدا كما لا يخفى ثم ان ماذكره كله مبنى على فهم أن يكون مراد صاحب العناية بكلمة من فى قوله فان الانسب الكلمة من جنس التصرف حرف الجر الداخلة على الاسم الموصول والظاهر أن مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف فى قوله حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف اذ لو كان مدار كلامه زيادة حرف الجر لقال حيث لم يقل أن يكون الموكل من يملك التصرف بحذف حرف الجر فقط فوجه الانسبية حينئذ أن الاسم المذكور من مبهمات المعارف على ما عرف فى النحو ومن ألفاظ العام على ما عرف فى الاصول فيكون المراد به جنس المالك لا الفرد المعين منه ولا شك أن الذى يملكه جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف المعهود ثم قال ذلك البعض ان الانسبية قد فاتت فى قوله ويقصده كما لا يخفى أقول هذا أيضا ليس بسديد فان قوله ويقصده وان لم يكن مقرونا بكلمة من صراحة لكنه مقرون بها حكما فانه معطوف على ما هو فى حيز كلمة من وهو قوله يعقل العقد فى قوله ممن يعقل العقد ولا شك أن المعطوف فى حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله على ما تقرر فى علم الادب فقد حصلت الانسبية المذكورة هنالك أيضا ثم ان حمل التصرف فى قول القدورى ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذى وكل به مما سبق اليه صاحب غاية البيان حيث قال قيل لا يستقيم هذا الشرط الا على مذهب أبى يوسف

ومحمد رحمهما الله لانه لو كان شرط الوكالة أن يكون الموكل مالكا للتصرف على مذهب أبي حنيفة لم يجز أن يوكل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها وهو جائز على مذهب أبي حنيفة مع أن المسلم لا يملك التصرف بنفسه فعلم أنه ليس بشرط على مذهبه بل الشرط عنده أن يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به ثم قال قلت هذا الشرط الذي شرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل وانما خص هذا القائل الاستقامة على مذهبهما لانه لا يدرك كنه كلام القدوري اذ مضمون كلامه أن الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل فالاول أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام والثاني أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده ومعنى قوله أن يكون ممن يملك التصرف أن يكون له ولاية شرعا في جنس التصرف بأهلية نفسه بان يكون بالغا عاقلا على وجه يلزمه حكم التصرف وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعا وشراء لان المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعا في جنس التصرف على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته والشرط الآخر وهو أن يعقل العقد ويقصده حاصل في الوكيل أيضا وهو الذمي لانه يعقل معنى البيع والشراء ويقصده فصح الشرط اذن على مذهب الكل والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله الى هنا كلامه ورد عليه الشارح ابن الهمام حيث قال قيل انما يستقيم الشرط الاول على قولهما أما على قوله فلا لانه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه وأجاب بعضهم بان المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها ثم حمد الله على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع انتهى كلامه أقول لما ذهب اليه صاحب الغاية ههنا ليس بمثابة أن يقال له هو خطأ بمجرد ما ذكره ابن الهمام فان الذي يهمه في توجيه المقام هو قوله المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه وهذا لا يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون كما لا يخفى على العارف بحكم الصبي المأذون على مذهبنا في فصله وأما قوله بان يكون بالغا عاقلا فلا فقه له من التوجيه ذكره لبيان أن المقصود بالشرط المذكور هو الاحتراز عن المجنون والصبي المحجور وأما الصبي المأذون فكونه بمنزلة البالغ في عامة التصرفات معلوم في محله فهو في حكم المستثنى وعن هذا ترى الفقهاء في كل عقد جعلوا العقل والبلوغ شرطا فيه وقصدوا به الاحتراز عن الصبي والمجنون لم يستثنوا الصبي المأذون عنه صراحة (وتلزمه الاحكام) قيل هذا احتراز عن الوكيل فان الوكيل ممن لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك لان الوكيل بالشراء لا يملك المبيع والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيل الوكيل غيره وقيل هو احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما كذا في أكثر الشروح قال صاحب غاية البيان للقيل الثاني وهذا هو الاصح من الاول ولم يبين وجهه وقال صاحب العناية قوله ويلزمه الاحكام يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا أصح لان الوكيل اذا أذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه أحكام ذلك التصرف فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا لزمك الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لاستماع وجود المانع وهو فوات رأيه انتهى كلامه (لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل) تعليل لاشتراط ما شرطت الوكالة به يعني أن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال (فلا بد أن يكون الموكل مالكا) أي للتصرف (ليملكه من غيره) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل

يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الموكل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه أيضا لجواز ثبوت شيء بامرين على البدل انتهى أقول في جوابه نظر لان كون الوكيل من حيث هو وكيل مالكا لجنس التصرف من جهة الموكل انما يتوهم في التوكيل بتصرف لا بعينه بان قال اصنع ما شئت أو اعمل برأيك وأما في التوكيل بتصرف بعينه كما فيما نحن فيه من مادة النقض بتوكيل مسلم ذميا ببيع خمر فلا يتصور ذلك قطعا اذ لا شك أن الوكيل هنالك انما يملك من جهة الموكل التصرف المعين المعهود الذي وكل به وهو بيع الخمر لا جنس التصرف مطلقا والا لصح له أن يتصرف هنالك بتصرف آخر كأن يهب الخمر التي وكل ببيعها الذمي أو يشتري بها منه شيئا أو نحو ذلك من جنس التصرفات وليس كذلك قطعا والحق عندي في الجواب أن يختار الشق الثاني وهو أن الوكيل يملك التصرف الذي وكل به من جهة الموكل ويدفع النقض المذكور بحمل ما في الكتاب على قول أبي يوسف ومحمد أو بناء ذلك على الاصل فان بيع الخمر جائز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض النهي وقد ذكرنا كلا الوجهين في صدر الكلام نقلا عن الكتب المعتبرة (ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد) بان يعرف مثلا أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كذا ذكره في مأذون الذخيرة وفي أكثر المعتبرات وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون (ويقصده) أي يقصد العقد والمراد أن لا يكون هازلا فيه كذا رأي جمهور الشراح ورد عليهم الشارح ابن الهمام حيث قال بعد نقل قولهم أي ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا في البيع ولو كان في بيع موكل ببيعه غايته أن لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة انتهى أقول يخرج الجواب عنه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ههنا حيث قال القصد شرط في وقوع العقد عن الآمر حتى لو تصرف هازلا لا يقع عنه انتهى فتامل وانما اشترط ذلك في الوكيل (لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد أن يكون من أهل العبارة) وأهلية العبارة لا تكون الا بالعقل والتمييز لان كلام غير المميز كالحان الطنبور (حتى لو كان) أي الوكيل (صبيا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا) اذ ليس لهما أهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم قال صاحب العناية وهذا يشير الى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتاب أن ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على أن توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار أو ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه انتهى أقول فيه بحث لانه ان أراد أن معرفة نفس الغبن الفاحش الداخل تحت أحد التفسيرين المذكورين مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فممنوع اذ لا شك أن من لا يمارس العلم أصلا فضلا عن الاشتغال بعلم الفقه يعرف باختلاطه بالناس وتعامله معهم أن ما زاد على ما يدخل تحت تقويم المقومين أو ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار غبن فاحش وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال أكثر أهل السوق وان أراد أن معرفة عبارات أهل الشرع في الغبن الفاحش واليسير واصطلاحاتهم فيه مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فمسلم لكن لا يجدي ذلك شيئا اذ لا يخفى أن المراد بما ذكر في الكتاب معرفة الغبن اليسير من الفاحش على الوجه الاول دون الثاني (واذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز) هذا لفظ القدوري في مختصره وكان ينبغي أن يقيد بالعاقل أيضا لان المجنون اذا وكل غيره لا يجوز وكانه انما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لان غالب أحوال الانسان أن يكون عاقلا أو بناء على أن اشتراط العقل مما يعرفه كل أحد وانما أطلق المأذون ليشمل العبد والصبي المأذونين فان توكيل كل واحد منهما غيره جائز كسائر تصرفاتهما ثم ان هذا منحصر في المثلية في صفة الحرية والرقية بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون ألا يرى أن التعليل بقوله (لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة) يشمل الاوجه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية وعن هذا قال صدر الشريعة في شرح الوقاية ولو قال كل منهما كان أشمل

لتناوله توكيل الحر البالغ مثله أو المأذون وتوكيل المأذون مثله أو الحر البالغ انتهى وصاحب العناية قد رام توجيه الكلام فى هذا المقام حيث قال ويفهم من قوله مثلهما جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى أقول لا يذهب عليك أنه لا يجدى كثير طائل اذ يبقى حينئذ جواز توكيل من كان دون الموكل محلا للكلام على أن قوله من كان فوقهما لا يخلو عن سماجة اذ لا أحد فوق الحر البالغ (وان وكل) أى الحر البالغ أو المأذون (صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا عليه جاز) خلافا للشافعى رحمه الله (ولا يتعلق بهما الحقوق) أى حقوق ما باشراه من العقد كالقاضى وأمينه حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه (وتتعلق بموكلهما) وانما جاز توكيلهما عندنا لانتفاء ما يمنعه أما من جانب الموكل فظاهر وأما من جانب الوكيل فلما ذكره بقوله (لان الصبى من أهل العبارة ألا يرى أنه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له) أى للتصرف على نفسه ولهذا أصح طلاقه واقراره بالحدود والقصاص (وانما لا يملكه) أى التصرف (فى حق المولى) دفعا للضرر عنه (والتوكيل ليس تصرفا فى حقه) أى فى حق المولى لان صحة التوكيل تتعلق بصحة العبارة والعبد باق على أصل الحرية فى حق صحة العبارة فان صحتها بكونه آدميا (الا أنه لا يصح منهما) أى من الصبى والعبد المحجور (التزام العهدة أما الصبى لقصور أهليته) أى أما الصبى المحجور عليه فلقصور أهليته بعدم البلوغ (والعبد لحق سيده) أى وأما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده فى ماليته فلو لزمه العهدة لتضرر به المولى واذا كان كذلك (فتلزم) أى العهدة (الموكل) لانه أقرب الناس اليهما حيث انتفع بتصرفهما ويفهم من هذا التعليل أن العبد اذا أعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق وأن الصبى اذا بلغ لم يلزمه العهدة لان المانع من لزومها كان قصور أهليته حيث لم يكن قوله ملزما فى حق نفسه فى ذلك الوقت فلم تلزمه بعد البلوغ أيضا والفرق بينهما بهذا الوجه مما ذكر صريحا فى المبسوط وشرح الجامع الصغير للامام قاضيخان ثم ان فى تقييد الصبى والعبد بقوله محجورا عليه اشارة الى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر فى الذخيرة وهو أن الصبى المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا واذا وكل بالشراء فان وكل بالشراء بثمن مؤجل لم تلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى ان البائع يطالب الآمر بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن فى المشترى وهذا ليس كذلك انما هذا التزم مالا فى ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة والصبى المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة وأما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة وفى الاستحسان يلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفى من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبى المأذون من أهل ذلك بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بما يضمن من الثمن لا يملك المشترى لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لانه لا يملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى والجواب فى العبد المأذون اذا وكل بالبيع أو الشراء على هذا التفصيل ثم اعلم أن الصبى والعبد المحجورين وان لم يتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر فى الكتاب من بعد فى فصل الشراء فى التوكيل بعقد السلم حيث قال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبى والعبد المحجور عليه انتهى (وعن أبى يوسف ان المشترى اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبى أو عبد محجور) وفى بعض النسخ أو مجنون فقيل المراد به من يجن ويفيق وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور مقام مجنون قال صاحب الكفاية عند نقل هذين القولين وفى الكافى للعلامة النسفى ثم علم أنه صبى محجور أو عبد محجور فالظاهر أن قوله مجنون تصحيف انتهى (له خيار الفسخ) أى للمشترى خيار الفسخ فى هذه الصورة (لانه) أى لان المشترى (دخل فى العقد على) ظن (ان حقوقه تتعلق بالعاقد) يعنى أن المشترى ما رضى بالعقد الا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد (فاذا ظهر خلافه يتخير) لانه فات عنه وصف مرغوب فيه فصار (كما اذا عثر) أى اطلع (على عيب) أى

قال (والعقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعى رحمه الله تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان أصيلا فى الحقوق فتتعلق به ولهذا قال فى الكتاب (يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع

على عيب لم يرض به والجامع بينهما عدم الرضا وفى ظاهر الرواية لا خيار للمشترى ولا للبائع ذكره تاج الشريعة (قال) أى القدورى فى مختصره (والعقود التى يعقدها الوكلاء على ضربين) وقال فى بعض نسخه والعقد الذى يعقده الوكلاء أى جنس العقد كذا فى غاية البيان (كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه) أى تصح اضافته الى نفسه ويستغنى عن اضافته الى الموكل (كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل) أقول هذه الكلية تنتقض بما اذا كان الوكيل صبيا محجورا عليه أو عبدا محجورا عليه فان حقوق عقدهما تتعلق بالموكل وان كان العقد مما يضيفه الوكيل الى نفسه كما عرفته فيما مر (وقال الشافعى تتعلق بالموكل) وبه قال مالك وأحمد (لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار) أى صار الوكيل فى هذا الضرب (كالرسول) فان قال رجل لآخر كن رسولى فى بيع عبدى وحقوق العقد لا تتعلق بالرسول بلا خلاف (والوكيل بالنكاح) أى وصار كالوكيل بالنكاح من الضرب الثانى فان حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل اتفاقا كما سيجىء (ولنا أن الوكيل هو العاقد) يعنى ان الوكيل فى هذا الضرب هو العاقد (حقيقة) أى من حيث الحقيقة (لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته) أى وصحة عبارة العاقد أى صحة كلامه (لكونه آدميا) له أهلية الايجاب والاستيجاب لا لكونه وكيلا فكان العقد الواقع منه ولغيره سواء وفى الكافى فقضيته تستدعى أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير أن الموكل لما استنابه فى تحصيل الحكم جعلناه نائبا فى حق الحكم وراعينا الاصل فى حق الحقوق (وكذا حكما) أى وكذا الوكيل فى هذا الضرب هو العاقد من حيث الحكم (لانه) أى الوكيل (يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا) عنه (لما استغنى عن ذلك) أى عن اضافة العقد الى الموكل (كالرسول) والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه (واذا كان كذلك) أى اذا كان الوكيل فى هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما (كان أصيلا فى الحقوق فتتعلق) حقوق العقد (به) أى تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل (فلهذا) أى فلكون الوكيل فى هذا الضرب أصيلا فى الحقوق (قال فى الكتاب) أى قال القدورى فى المختصر وقيل أى قال محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير أو المبسوط (يسلم المبيع) أى يسلم الوكيل المبيع (ويقبض الثمن) اذا باع (ويطالب) بصيغة المجهول أى يطالب الوكيل (بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع)

(قوله كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه) أى لا يحتاج فيه الى الاضافة الى الموكل كالبيع والاجارة (قوله وصار كالرسول) وهو أن يقول رجل لآخر كن رسولا عنى فى بيع عبدى (قوله ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا) أى صحة عبارته لا لكونه وكيلا بل لكونه آدميا عاقلا فثبت ان مباشرة العقد بالولاية الاصلية الثابتة الا أنه كان لا ينفذ تصرفه بهذه الولاية فى محل هو مملوك للغير الا برضا المالك والتوكيل لتنفيذ حكم التصرف فى المحل لا لاثبات الولاية وغرض الموكل من التوكيل تحصيل حكم التصرف فجعلناه نائبا فى حق الحكم وراعينا الاصل فى حق الحقوق وفى الايضاح ان للوكيل ان يوكل فى الحقوق التى يوجبها العقد عليه وله من شاء وان وكل الموكل لم يجز لان الوكيل أصل فى الحقوق فيملك التفويض الى الغير

قال (والعقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين الخ) العقود التى يعقدها الوكلاء على ضربين ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فضابطة الاول كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال الشافعى تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول وبالوكيل فى النكاح (ولنا أن الوكيل هو العاقد فى هذا الضرب حقيقة وحكما) أما حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا

(قوله العقود التى يعقدها الوكلاء على ضربين) أقول الظاهر أن القسمة الى الضربين باعتبار الاضافة الى نفسه والى الموكل لا باعتبار تعلق الحقوق بل هو حكم القسم وانما سلك المصنف هذه الطريقة قصرا للمسافة حيث بين القسم ضمنا وحكمه صريحا بكلام واحد فليتامل ثم لما كان الحكم مقصودا ذكره صريحا

له أهلية الايجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء وأما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك كان الوكيل أصيلا في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال القدوري في المختصر أو قال محمد في المبسوط يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان ذلك كله من حقوق العقد (قوله والملك يثبت للموكل خلافة) جواب عما قاله الشافعي ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقريره أن الملك

يقع للموكل ولكن يعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل فكان قائما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقة أبي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من أصحابنا قال شمس الائمة قول أبي طاهر أصح وقال المصنف هو الصحيح فان قيل قول أبي طاهر كقول الشافعي فكيف يصح جوابا عنه مع التزام قوله فانه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب أنه ليس كذلك لانه يقول بثبوت الملك له خلافة والشافعي أصالة وتحقيق المسئلة أن لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل وأعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل التوكيل ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارته فاثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل

ويخاصم في العيب ويخاصم فيه) لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح

أي ويقبض المبيع اذا اشترى (ويخاصم في العيب ويخاصم فيه) بفتح الصاد في الاول وكسرها في الثاني فالاول فيما اذا باع والثاني فيما اذا اشترى على الترتيب السابق واعلم أن ههنا فائدة جليلة يجب التنبه لها قد ذكرها صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان حق يكون للوكيل وحق يكون على الوكيل فالاول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشترى والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن مستحق ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الامور ولكن لا تجب عليه فان امتنع لا يجبره الموكل على هذه الافعال لانه متبرع في العمل بل يوكل الموكل بهذه الافعال وسيأتي في كتاب المضاربة بعض هذا وان مات الوكيل فولاية هذه الافعال لورثته فان امتنعوا وكلوا الموكل مورثهم وعند الشافعي للموكل ولاية هذه الافعال بلا توكيل من الوكيل أو وارثه وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه فالمدعى أنه يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن وأخواتهما الى هنا كلامه (والملك يثبت للموكل خلافة عنه) أي عن الوكيل هذا جواب عما قاله الشافعي ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه تقريره أن الملك يثبت للموكل ابتداء لكن لا أصالة حتى يثبت له توابعه أيضا بل خلافة عن الوكيل ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل فكان الموكل قائما مقام الوكيل في ثبوت الملك (اعتبارا للتوكيل السابق) والحاصل أن الوكيل خلف عن الموكل في حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل في حق ثبوت الملك (كالعبد يتهب ويصطاد) فانه اذا اتهب أي قبل الهبة واصطاد يثبت الملك للمولى ابتداء خلافة عن العبد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كما ذكر في المبسوط وتحقيق المسئلة أن لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته وأعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل توكيل الموكل ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارة الوكيل فاثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه أشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كذا في العناية ثم اعلم أن هذا الملك طريقة أبي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من أصحابنا قال شمس الائمة السرخسي قول أبي طاهر أصح وقال المصنف (هو الصحيح) واحترز به عن طريقة أبي الحسن الكرخي وهي أن الملك يثبت للوكيل

(قوله يخاصم في العيب ويخاصم) بفتح الصاد في الاول وكسرها في الثاني (قوله والملك يثبت للموكل خلافة) أي ابتداء بدلا عنه لا أن يثبت للوكيل ثم ينتقل الى الموكل ذكره جوابا عن قوله والحكم هو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه (قوله هو الصحيح) احترازا عن قول الكرخي فان عنده يثبت الملك للوكيل بالشراء أولا ثم

واليه أشار المصنف بقوله (اعتبارا للتوكيل السابق) فتعين الحقوق للوكيل ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب (قوله هو الصحيح) احترازا عن طريقة الكرخي قال

(قوله جواب عما قاله الخ) أقول لخلاصة الجواب ان كان أردتم أن الحقوق تابعة لحكم التصرف الثابت أصالة فمسلم وما نحن فيه ليس كذلك وان أردتم مطلقا فممنوع وهل النزاع الا فيه (قوله على سبيل الخلافة الخ) أقول قوله على متعلق بقوله يقع والمعنى أن الملك للموكل يقع على سبيل الخلافة تأمل (قوله والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل) أقول قوله للوكيل متعلق بقوله موجبا (قوله فان قيل الى قوله فانه يقول) أقول الضمير في قوله فانه راجع الى أبي طاهر

أن الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل وانما كان الاول هو الصحيح لان المشترى اذا كان منكوحة وهي الوكيل أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشترى لكان ذلك وأجيب بأن نفوذ العتق يقتضي ملكا مستقرا قال في الزيادات فيمن تزوج أمة ثم حرة على رقبتها فاجاز المولى صارت الامة مهر الحرة ولم يفسد النكاح وان ملكها

الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر ينتقل في ثاني الحال فلا يعتق عليه وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال القاضي أبو زيد الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق أبا الحسن في حق الحقوق وأبا طاهر في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا حسن قال المصنف (وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره وأراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه قال (وكل عقد يضيفه الى موكله الخ) هذه ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان

قال العبد الضعيف وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى قال (وكل عقد يضيفه الى موكله

أولا ثم ينتقل الى الموكل واليه ذهب بعض أصحابنا وهي اختيار الامام قاضيخان كما ذكر في التحرير وانما قال هو الصحيح لان الوكيل اذا اشترى منكوحته أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو لم يثبت له الملك لما كان كذلك قال صاحب العناية وجوابه أن نفوذ العتق يحتاج الى ملك مستقر دائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه في ثاني الحال وينتقل الى الموكل باعتبار الوكالة السابقة قال في الزيادات فيمن تزوج أمة ثم حرة على رقبتها فاجاز مولاها فانه تصير الامة مهر الحرة ولا يفسد النكاح وان ثبت الملك للزوج فيها لان ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه الى الحرة فكذلك ههنا انتهى وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث انتهى أقول الجواب عن هذا النظر ظاهر اذ قد تقرر عندهم أن المطلق ينصرف الى الكامل ولا شك أن الملك الكامل هو الملك المستقر فلا مخالفة قال الصدر الشهيد ان القاضي أبا زيد خالفهما وقال الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق أبا الحسن في حق الحقوق ووافق أبا طاهر في حق الحكم وهذا احسن كذا ذكر في الايضاح والفتاوى الصغرى (قال رضي الله عنه) أي قال المصنف رحمه الله (وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى) أراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده وان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه كذا في عامة الشروح قال بعض الفضلاء القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره في فصل في البيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشترى بعيب الخ أقول الذي يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل من المسائل الآتية في الكتاب انما هو الذي ذكره الشراح ههنا فان الوكيل اذا اشترى شيأ ثم اطلع على عيب فله أن يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل ثم بعد هذا ان بقي المبيع في يده يبقى حق الرد له وان لم يبق في يده بل كان سلمه الى الموكل يسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم فيتوقف الرد على اذن الموكل ولما لم يعلم هذا التفصيل ههنا وكان مما يحتاج الى بيانه أحاله المصنف رحمه الله على ما سيذكره في فصل الوكالة بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء وأما الذي يذكره في فصل الوكالة بالبيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشترى بعيب الخ فمما لا مساس له بما نحن فيه فان حاصل ذلك انه اذا رد العبد على الوكيل بالبيع بعيب فان رد عليه بحجة كاملة يرده على الموكل وان رد عليه بحجة قاصرة لا يرده عليه وهذا أمر وراء تعلق حقوق العقد بالوكيل يجري بين الموكل والوكيل ولا شك أن المقصود بالحوالة ما يتعلق بما نحن فيه لا ما يتعلق بمجرد العيب فلهذا لم يعممها الشراح كما توهمه ذلك القائل (قال) أي القدوري في مختصره (وكل عقد يضيفه) أي يضيفه

ينتقل الى الموكل والصحيح ان الملك يثبت للموكل ابتداء خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره وهو ما ذكر في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه (قوله وكل عقد يضيفه الى موكله) أي لا يستغني فيه عن الاضافة الى الموكل ولو أضاف الى نفسه كان له كالنكاح (قوله

(قوله وهي أن الملك يثبت) أقول وقد سبق آنفا أنه مقتضى القياس (قوله لانه يخالف اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام) أقول المطلق ينصرف الى الكامل كما نص عليه في كتب الاصول والملك الكامل هو الملك المستقر (قوله وقال القاضي الخ) أقول والذي يظهر من كلام المصنف انه اختار قول أبي زيد الا أن يؤول قوله كان أصلا في الحقوق ويحمل على المبالغة في التشبيه (قوله ثم ينتقل الى الموكل من قبله) أقول يعني باب بوكاله قال المصنف وفي مسئلة العيب الى قوله واذا اشترى الوكيل الخ) أقول القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره في فصل البيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده

حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لان الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه ان أضافه الى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكأن العقد صدر منه ومن صدر منه العقد رجع اليه الحقوق كما فى الضرب الاول قال المصنف (وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه) يعنى أن السبب فى هذه العقود (اسقاط) فيتلاشى ومعنى الاسقاط فى غير النكاح ظاهر وأما فيه فلان الاصل فى محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم كالذكور الا أن الشرع أثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل وفى ذلك اسقاط لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره والقائل أن يقول ليس الكلام فى نقل الحكم بل هو فى نقل الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب والجواب أنا اذا قلنا فى الضرب الاول ان الحكم ينتقل الى الموكل أو يثبت له خلافة اعتبار التوكيل السابق وتبقى الحقوق اعتبار متعلقة بالوكيل العبارته وههنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتأخير بشرط الخيار ولا بغيره لكونها للاسقاط فاما أن يبقى الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل و ينافى الاضافة الى الموكل فتعين الثانى واليه أشار بقوله فكان سفيرا ولله دره على فضله والضرب

كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) لان الوكيل فيها سفير محض ألا يرى أنه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل ولو أضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا

الوكيل (الى موكله) هذه ضابطة الضرب الثانى أى كل عقد لا يستغنى الوكيل فيه عن الاضافة الى الموكل (كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل) ففرع على ذلك بقوله (فلا يطالب) بصيغة المجهول (وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) أى تسليم المرأة الى زوجها (لان الوكيل فيها) أى فى هذه العقود (سفير محض) أى معبر محض حاك قول الموكل ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير (ألا يرى انه) أى الوكيل (لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل) كيف (ولو أضافه الى نفسه كان النكاح) مثلا (له) أى للوكيل نفسه فيخرج عن حكم الوكالة والكلام فيه (فصار كالرسول) يعنى اذا كان الوكيل فى هذا الضرب سفيرا محضا فقد صار كالرسول فى باب البيع ونحوه ولا شك أن الحكم فى الرسالة يرجع الى المرسل دون الرسول (وهذا) يعنى كون الحقوق فى هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل وهذا على ما هو دأب المصنف رحمه الله فى كتابه هذا من أنه يقول بعد ذكر دليل على مدعى وهذا لان الخ و يريد به ذكر دليل آخر لمى بعد أن ذكر دليلا انيا فههنا لما بين انية كون الحقوق فى هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل بكون الوكيل فيها سفيرا محضا غير مستغن عن اضافة العقد الى الموكل أراد أن يبين لميته أيضا بقوله (لان الحكم فيها) أى فى هذه العقود (لا يقبل الفصل عن السبب) حتى لم يدخل فيها خيار الشرط اذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تقبل ذلك (لانه) أى لان السبب فى هذه العقود (اسقاط) أى من قبيل الاسقاطات أما فى غير النكاح فظاهر وأما فى النكاح فلان محل النكاح الانثى من بنات آدم وهن فى الاصل خلقن حرائر والحرية تستدعى انتفاء ورود الملك على من اتصف بها الا أن الشارع أثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح تحقيقا لمعنى النسل فكان ذلك اسقاطا لمعنى المالكية الذى كان ثابتا للحرية بطريق الاصالة كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردرى ولان الاصل فى الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل كذا ذكر فى الكافى واذا كان السبب فى هذه العقود اسقاطا (فيتلاشى) أى فيضمحل (فلا يتصور صدوره) أى صدور السبب بطريق الاصالة (من شخص وثبوت حكمه لغيره) كما فى الضرب الاول (فكان سفيرا) أى فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيرا محضا فان قلت ليس الكلام فى الحكم بل فى الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب قلت انهم قالوا فى الضرب الاول ان الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتبارا للتوكيل السابق وتعلق الحقوق بالوكيل اعتبارا لعبارته وههنا اذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها للاسقاط فاما أن يثبت الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل و ينافى الاضافة الى الموكل فتعين الثانى واليه

لان الوكيل فيها سفير ومعبر) السفير هو الذى يحكى قول الغير ومن حكى حكاية الغير لا يلزم عليه حكم قول الغير كما اذا حكى قذف الغير لا يكون قاذفا (قوله فصار كالرسول) أى فصار الوكيل فى النكاح وأمثاله كالرسول فى باب البيع (قوله وهذا لان الحكم فيها) أى هذه العقود وهى النكاح وأمثاله لا تقبل الفصل عن السبب حتى لم يدخل فيها خيار الشرط لان الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تحتمل تراخى الحكم (قوله لانه اسقاط) أى لان السبب اسقاط اما غير النكاح فظاهر وكذا

فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده الخ (قوله لكونهن من بنات آدم) أقول منقوص بالتوكيل بشراء العبد و بيعه فتامل فى الفرق (قوله ان الحكم ينتقل الى الموكل) أقول هذا على قول الكرخى قوله أو يثبت له خلافة) أقول هذا على قول أبى طاهر الدباس

وتنبه للطائف العبارات جزاه الله عن الطلبة خيرا قال (والضرب الثانى من أخواته الخ) أى ومن أخوات الضرب الثانى العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فيضيف الى موكله والحقوق ترجع اليه لانه من الاسقاطات (وأما الصلح الذى هو جار مجرى البيع) وهو الصلح عن اقرار (فهو من الضرب الاول) لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع تتعلق حقوقه بالوكيل واذا وكل بان يهب عبده لفلان أو يتصدق بماله أو يقرضه أو يعير دابته أو يودع متاعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمره به جاز على الموكل باضافته اليه مثل أن يقول وهبه لك موكلى أو رهنه وليس للوكيل الرجوع فى الهبة ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه قال المصنف رحمه الله (لان الحكم فيها) يعنى فى الصور المذكورة (يثبت بالقبض والقبض

(قال المصنف والضرب الثانى الخ) أقول والضرب مبتدأ والجملة التى بعده يعنى قوله من اخواته الخ خبره (قوله والضرب الثانى) أى العقود التى ذكرت فى الضرب الثانى من اخواته وانما فسرنا به لان العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثانى لا من أخواته كما لا يخفى قال العلامة النسفى فى الكافى والحقوق فى كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال والكتابة والصلح عن انكار يتعلق بالموكل دون الوكيل انتهى (قوله هو جار مجرى البيع الخ) أقول فيه بحث فانه ليس كل صلح عن اقرار جار مجرى البيع لما سيجىء أن كل شئ وقع الصلح عليه وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة فتفسيره به ليس بجيد (قوله أو يرهنه فقبض الوكيل) أقول زيادة من عنده مخلة فان الحكم كذلك وان لم يقبض الوكيل (قال المصنف لان الحكم فيها يثبت بالقبض) أقول أى قبض الوكيل وفيه بحث بل المراد قبض الموهوب له وأشباهه

والضرب الثانى من أخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذى هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير أيضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه

أشار بقوله فكان سفيرا (والضرب الثانى) وهو كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله (من أخواته) أى من أفراده التى بينهن أخوة أى مشاركة فى الحكم (العتق على مال) قوله والضرب الثانى مبتدأ موصوف وقوله من أخواته خبر مقدم لمبتدأ ثان وهو قوله العتق على مال والجملة أعنى المبتدأ الثانى مع خبره خبر للمبتدأ الاول فحاصل المعنى ومن أخوات الضرب الثانى العتق على مال قال بعض الفضلاء فى تفسير كلام المصنف ههنا أى العقود التى ذكرت فى الضرب الثانى من أخواتها العتق على مال وقال انما فسرنا به لان العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثانى لا من أخواته أقول لا يذهب على ذى مسكة أن التفسير الذى ذكره ذلك القائل مما لا يساعده التركيب من حيث العربية أصلا فكيف يحمل المعنى عليه وأما كون العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثانى لا من اخواته فانما ينافى اعتبار الاخوة بين الضرب الثانى ومشمولاته وليس ذلك من ضرورات كلام المصنف ههنا لانه يجوز أن يكون اضافة الاخوات الى ضمير الضرب الثانى لكونها من أفراده ويكون التعبير عنها بالاخوات للتنبيه على مشاركتها فى الحكم كما أشرنا اليه فى تفسير قوله من أخواته نعم المتبادر من الاضافة اعتبار الاخوة بين المضاف والمضاف اليه كما فى نظائره لكن قرينة المقام صارفة عنه الى ما قلنا فتدبر (والكتابة) عطف على العتق على مال داخل فى حكم الكلام السابق وكذا قوله (والصلح على الانكار) وانما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثانى لانها من الاسقاطات دون المعاوضات أما العتق على مال والكتابة فلان البدل فيهما بمقابلة ازالة الرق وفك الحجر وأما الصلح على الانكار فلان البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة وافتداء اليمين فى حق المدعى عليه (فاما الصلح الذى هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول) أراد بالصلح الذى هو جار مجرى البيع الصلح عن اقرار فيما اذا كان عن مال بمال فانه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع وأما اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان على بعض ما يدعيه من الدين فهو من الضرب الثانى وان كان عن اقرار لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا محضا كما صرح به المصنف رحمه الله فى باب التبرع بالصلح والتوكيل به من كتاب الصلح أقول فبهذا ظهر أن ما وقع ههنا فى الشروح من تفسير الصلح الذى هو جار مجرى البيع بالصلح عن اقرار من غير تقييد بما ذكرناه تقصير فى تعيين المرام وتحقيق المقام كيف ولو كان ذلك كافيا ههنا لما بدل المصنف اللفظ اليسير باللفظ الكثير (والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير أيضا) وتفسير هذا ما ذكره فى الايضاح حيث قال ولو وكل وكيلا بان يهب عبده لفلان أو يتصدق به عليه أو يعيره اياه أو يودعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمره فهو جائز على الموكل وليس للوكيل المطالبة برد شئ من ذلك الى يده ولا أن يقبض الوديعة والعارية ولا الرهن ولا القرض ممن عليه لان أحكام هذه العقود انما تثبت بالقبض فلا يجوز أن يكون الوكيل فيه أصيلا لانه أجنبى عن المحل الذى يلاقيه القبض فكان سفيرا ومعبرا عن المالك انتهى وأشار المصنف رحمه الله الى التعليل المذكور فيه أيضا بقوله (لان الحكم فيها) أى فى العقود المذكورة (يثبت بالقبض) أى بقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرهما (وأنه) أى القبض

النكاح لانها تسقط مالكيتها بعقد النكاح ولان الاصل فى الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل وانما ثبت الملك له عليها ضرورة للتمكن من الوطء ولهذا لا يظهر فى حق الفسخ والتمليك من الغير

يلاقي محلا مملوكا للغير) فالحكم يلاقي محلا مملوكا للغير فقوله (فلا يجعل أصيلا) مقتضاه أصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا للغير الوكيل كان نائبا لان له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها لا انتقلت الى الموكل يجعل العبارة سفارة ففيما احتاج الى القبض أولى لضعفها في العلية وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس نحو

يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل أصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل

(يلاقي محلا مملوكا للغير) أي لغير الوكيل فالحكم أيضا يلاقي محلا مملوكا لغير الوكيل وهو الموكل (فلا يجعل) أي الوكيل (أصيلا) لكونه أجنبيا عن ذلك المحل بخلاف التصرفات التي تقوم بالقول ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره فان الوكيل يجب أن يكون أصيلا فيها لانه أصل في التكلم وكلامه مملوك له قال صاحب العناية فقوله فلا يجعل أصيلا مقتضاه أصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا للغير الوكيل كان نائبا لان له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها لا انتقلت الى الموكل يجعل العبارة سفارة ففيما احتاج الى القبض أولى لضعفها في العلية انتهى أقول ما استشكاله بشئ ولا دفعه أما الاول فلانه اذا ثبت أن الوكيل في هذه العقود لم يجعل أصيلا في الحكم ثبت أيضا فيه الكلام وهو عدم تعلق الحقوق بالوكيل وفي هذه العقود اذ قد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل في الضرب الاول ثبوت الحكم الذي هو الملك للموكل خلافة عن الوكيل وهذا انما يكون بان يجعل الوكيل أصيلا في الحكم فاذا لم يجعل في العقود المذكورة أصيلا فيه تعين عدم تعلق الحقوق به فيها وأما الثاني فلان الباعث على انتقال الحقوق الى الموكل فيما لا يقبل الحكم الانفصال عن العبارة ليس الا كون السبب اسقاطا متلاشيا والسبب فيما نحن فيه ليس من قبيل الاسقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلا عن الاولوية وأما الضعف في العلية فان كان له مدخل فانما هو في حق نفس ثبوت الحكم لا في حق الانتقال فتامل (وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس) يعني اذا كان الوكيل من جانب الملتمس للتصرفات المذكورة بان وكله بالاستيهاب أو بالاستعارة أو الارتهان أو غير ذلك يكون الوكيل سفيرا أيضا فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لانه يضيف العقد الى موكله وفي العناية أما اذا قبض الموكل فلا اشكال وأما اذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل وتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لابد له من اضافة العقد الى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه انتهى (وكذا الشركة والمضاربة) يعني اذا وكل بعقد الشركة أو المضاربة يكون الوكيل سفيرا أيضا وتتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل اذ لابد له من اضافة العقد الى موكله حتى لو أضافه الى نفسه يقع عنه لا عن موكله (الا أن التوكيل بالاستقراض باطل) استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس (حتى لا يثبت الملك للموكل) فالوكيل أن

نقضها وأعد ذلك فهو اسقاط جريا على الاصل اذ الحر به تنافى الملك والساقط يتلاشى ولا يتصور وان يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الاصالة والحكم لغيره لانه لا يجوز أن يسقط في حق الوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود الا بسبب جديد ولم يوجد فجعلناه سفيرا بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار جاز أن يصدر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره (قوله فلا يجعل أصيلا) أي فلا يجعل الوكيل أصيلا لانه أجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فكان سفيرا ومعبرا عن المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة وهي للوكيل (قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس) كما لو وكله بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل (قوله وكذا الشركة والمضاربة) أي الوكيل في الشركة والمضاربة سفير يضيف العقد الى الموكل لا الى نفسه (قوله الا أن التوكيل بالاستقراض باطل) لان المستقرض يلتزم بدل القرض في ذمته ولو قال بع شيئا من مالك على أن

يثبت للموكل خلافة عنه فكان أصيلا في حق الحقوق فلا حاجة الى ما ذكره مع توجه المنع الى منع ما أشار اليه من حديث الاولوية بل لك أن تمنع صحة القياس فضلا عن الاولوية اذ ليس العلة فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها الا التلاشي ولزم كونه اسقاطا لا ضعف العلية والتلاشي هنا مفقود فاين الجامع (قوله لضعفها في العلية) أقول الضمير في قوله لضعفها راجع الى العبارة

التوكيل بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب فان الحكم والحقوق ترجع الى الموكل دون الوكيل أما اذا قبض الموكل فلا اشكال وأما اذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل وتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لابد له من اضافة العقد الى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه (وكذا) اذا وكل بعقد (الشركة أو المضاربة) كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة (قوله الا أن التوكيل بالاستقراض باطل) استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس واعلم انى أعيد لك ههنا ما ذكرته في أول كتاب الوكالة وأزيد ما يسر الله ذكره لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله وان سمع ذهنك بخلافه فلا ملامة فان جهد المقل دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه أمر بالتصرف في مال الغير

(قوله فقوله فلا يجعل الى قوله ويدفع ذلك بان الحكم) أقول اذا لم يكن أصيلا في حق الحكم لا يكون أصيلا في حق الحقوق والوكيل في الضرب الاول أصيل في حق الحكم و

وانه لا يجوز وورد بالتوكيل بالشراء فانه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير وأجيب بان محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه وأورد بانه هلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل وأجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير أو الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب أن

عنع الذي استقرض من الآمر ولو هلك هلك من ماله قال صاحب العناية واعلم أني أعيد لك ههنا ما ذكرته في أول كتاب الوكالة وأزيد ما يسر الله تعالى ذكره لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله تعالى وان سمع ذهنك بخلافه فلا ملامة فان جهد المقل دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه أمر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز وورد بالتوكيل بالشراء فانه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير وأجيب بان محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه وأورد بانه هلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل وأجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير والموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة اذ لم يكن فيهما بدل في الذمة فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض وفيه بدل معتبر للايفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد والله تعالى أعلم بالصواب الى هنا كلامه أقول فيه بحث أما أولا فلان الدليل الذي ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل المأخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ما ذكروا في صدر كتاب الوكالة ليس بتام عندي لان التصرف في ملك الغير والامر به انما لا يجوز لو كان بغير اذن المالك ورضاه كما لو غصب ملك الغير أو أمر بغصبه وأما اذا كان باذنه ورضاه فيجوز قطعا ألا يرى أن المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذي هو ملك المقرض ويتصرف فيه وكذا المستعير يقبض المستعار الذي هو ملك المعير ويستعمله ولا خلاف لاحد في جواز ذلك والظاهر أن التوكيل بالاستقراض انما هو الامر بالتصرف في ملك المقرض باذنه ورضاه لا بالجبر والغصب فينبغي أن يجوز أيضا وأما ثانيا فلان ما ذكره في الرد له بالتوكيل في الشراء من أنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح اذ لا نسلم أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع بل هو أمر بايجاد العقد وقبض المبيع من متفرعات العقد غير داخل فيه فلا يكون الامر بالشراء أمرا بقبض المبيع سلمنا أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع أيضا لكنه أمر به بعد ايجاد العقد لا قبله كما لا يخفى والمبيع بعد ايجاد العقد ملك المشتري لا ملك الغير بخلاف الاستقراض فان المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ما صرحوا به فالصواب في تمشية النقض بالتوكيل بالشراء أن يقال انه أمر بتملك المبيع الذي هو ملك الغير كما ذكر في الذخيرة وغيرها وأما ثالثا فلانه ان أراد بقوله في الجواب عن النقض المذكور وأن محله هو الثمن في ذمة الموكل أن محل التوكيل بالشراء هو نفس الثمن فلا نسلم ذلك لان نفس الثمن انما هو محل التوكيل بايفاء الثمن بعد تمام عقد الشراء لا محل التوكيل بالشراء نفسه وان أراد بذلك أن محله هو ايجاب الثمن في ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله في ذمة الموكل والمصرح به في الذخيرة وغيرها فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ جوابه عن الايراد الآتي لان معناه حينئذ هو أنه هلا جعل محله في الاستقراض أيضا ايجاب البدل في ذمة الموكل ولا يتيسر الجواب عنه بان ذلك محل ايفاء القرض لان محل ايفائه هو نفس البدل لا ايجابه في ذمة الموكل بل الجواب الصحيح عنه ما ذكر

يكون ثمنه لي لا يصح فكذا اذا قال التزم العشرة في ذمتك على ان عوضها لي فكان التوكيل بالاستقراض قياس

وأجيب بان محله الخ) أقول منع لجريان الدليل مستندا بان محله الخ (قوله وأورد بانه هلا جعل الخ) أقول فتكون الصغرى ممنوعة بمنع السند (قوله وأجيب بان ذلك الخ) أقول يؤل الى ابطال السند ثم أقول يجيء التفصيل المتعلق بالوكالة بالشراء وان الامر بالشراء مصادف لملك الغير فلم يصح وكيفية تصحيحه من الشارح في الدرس الثاني من فصل البيع فراجعه (قوله باقامة الموكل) أقول مضاف الى الفاعل (قوله فالجواب الى قوله خلفا عن البدل الخ) أقول وفيه نظر فانه لو سلم ما ذكره من قصة الخلفية فانما هي خلف عن بدل يصلح أن يكون محل التوكيل لا مطلقا

المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه في ذلك فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة اذ لم يكن فيهما بدل في الذمة فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض وفيه بدل معتبر للايفاء في الذمة تلزم اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز

(قوله وورد بالتوكيل بالشراء الخ) أقول هذا نقض اجمالي ويمكن أن يجاب عنه بان يقال ان أراد أنه أمر بقبضه قبل العقد فليس كذلك وان أراد أنه أمر بقبضه بعد العقد فمسلم ولكن ليس حينئذ ملك الغير ولا كذلك في الاستقراض فان المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد فليتأمل (قوله

في الذخيرة وغيرها من أن البدل في باب القرض انما يجب في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلابد من تصحيح الامر بالقبض أولا حتى يستقيم الامر بايجاب المثل في ذمته والامر بالقبض لم يصح بعد لكون المقبوض ملك الغير وأما رابعا فلان قوله في الجواب عن النقض بالاتهاب والاستعارة أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما له فيهما عبارة الموكل غير تام فانه ان قال الوكيل بالاستعارة ان فلانا أرسلني اليك يستعير منك كذا وقال الوكيل بالاتهاب ان فلانا أرسلني اليك يتهب منك كذا فانهما في هذه الصورة كانا متصرفين في عبارة الموكل ولكنهما لم يخرجا الكلام حينئذ مخرج الوكالة بل أخرجاه مخرج الرسالة والكلام هنا في حكم الوكالة دون الرسالة فان الرسالة صحيحة في الاستقراض أيضا حتى ان الوكيل بالاستقراض لو أخرج كلامه مخرج الرسالة فقال ان فلانا أرسلني اليك ليستقرض منك كذا كان ما استقرضه للموكل ولا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه كما صرح به في الذخيرة وغيرها وان قال الوكيل بالاستعارة أستعير منك كذا لفلان الموكل وقال الوكيل بالاتهاب أتهب منك كذا لفلان الموكل فانهما في هاتيك الصورة جريا على حكم الوكالة ولكنهما لم يكونا متصرفين في عبارة الموكل أصلا حيث لم يحكيا عنه كلاما بل انما تكلما بكلام أنفسهما الا أنهما أضافا العقد الى موكلهما كما في سائر صور الضرب الثاني فاين يتمشى القول بان محل التوكيل فيهما عبارة الموكل على أن ذلك القول منه يخالف صريح ما ذكر في الذخيرة وارتضاه كبار الشراح في صدر كتاب الوكالة من أن الموضوع لنقل العبارة انما هو الرسالة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة فيها للوكيل وأما خامسا فلان قوله فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة الخ ليس بشئ لان اعتبار الخلف عن البدل على تقدير لزومه انما يتصور في التصرفات التي هي من قبيل المعاوضات وأما في التصرفات التي هي من قبيل التبرعات فلا وما نحن فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخلفية ههنا وأيضا استحالة اجتماع الاصل والخلف انما تقتضي عدم جواز اعتبار العبارة في الاستقراض خلفا عن بدل لا عدم جواز اعتبارها مطلقا فلم لا يجوز أن تعتبر محلا للتوكيل في الاستقراض أيضا لضرورة صحة العقد وان لم تجعل خلفا عن بدل ألا يرى انها اعتبرت محلا للرسالة في الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه تأمل وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم في بيان بطلان استقراض الوكيل ان العبارة للوكيل والمحل الذي أمره بالتصرف ملك الغير فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل قلت هذا الذي قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة فانه صحيح مع أن الموكل أمره بالتصرف في ملك الغير وليس معنى كلام المصنف ما فهمه هذا القائل بل معناه أن الوكيل بالاستقراض اذا أضاف العقد الى نفسه وقال أقرضني كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا أضاف العقد الى الموكل وبلغ على وجه الرسالة فقال أرسلني فلان اليك يستقرض كذا فحينئذ يصح الاستقراض ويقع القرض للموكل وليس للوكيل أن يمنع الموكل عنه فافهمه ففيه غنى عن تطويل بلا طائل تحته انتهى كلامه أقول وفيه بحث اذ لا شك أن معنى قول المصنف وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس أن الوكيل ههنا سفير أيضا لا تتعلق حقوق العقد به بل بموكله لاضافته العقد الى موكله دون نفسه وان قوله الا أن التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان التوكيل من جانب الملتمس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشارح ولو كان معنى كلام المصنف ههنا ما فهمه هذا الشارح لما كان لتخصيص الاستثناء ببطلان صورة التوكيل بالاستقراض معنى اذ على ذلك التقدير يصير الحكم كذلك في جميع صور ما اذا كان الوكيل من جانب الملتمس فان كل واحد من المستعير والمستوهب والمرتهن ونحو ذلك اذا أضاف العقد الى نفسه لا الى الموكل تبطل الوكالة ويكون التوكيل بالتكدي فكان باطلا وما استقرض الوكيل له ان يمنعه من الآمر ولو هلك هلك من ماله

هذا والله أعلم بالصواب

والبدل في الاستقراض لا يصلح لذلك فلا يلزم الاجتماع المحذور فليتامل

بخلاف

(بخلاف الرسالة) فانها تصح في الاستقراض قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلني اليك فلان ويستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض يعني المرسل قال (واذا طالب الموكل المشتري بالثمن الخ) اذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه اياه لانه أجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم أن الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح وان نهاه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل أن يطالب به ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه (٢٣) فلا فائدة في الاسترداد منه ثم في الدفع اليه وهذا في غير الصرف وأما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جوازه بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض (قوله ولهذا) توضيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه لو كان للمشتري على الموكل دين وقعت المقاصة ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه ولان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو أبرآه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه دين وحده أجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغيره وللوكيل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن يبرئ المشتري بغير عوض فكذا بعوض

بخلاف الرسالة فيه قال (واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه اياه لانه أجنبي عن العقد وحقوقه لما أن الحقوق الى العاقد (فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانيا) لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل

ما أخذه لنفسه لا لموكله لان هذه العقود كلها من الضرب الثاني ومن شرط هذا الضرب أن يضيف الوكيل العقد الى موكله فاذا انتفى بطلت الوكالة قطعا ولعمري ان هذا الشارح قد هرب ههنا عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الاولى حتى أفسد معنى كلام المصنف بالكلية قال المصنف (بخلاف الرسالة فيه) أي في الاستقراض فانها تصح قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما اذا استقرض للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلني اليك فلان يستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض أي المرسل وقال الامام الزيلعي في التبيين وعن أبي يوسف ان التوكيل بالاستقراض جائز (قال) أي القدوري في مختصره (واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه اياه) أي فللمشتري أن يمنع الثمن من الموكل (لانه) أي الموكل (أجنبي عن العقد وحقوقه لما) تقدم (أن الحقوق تعود الى العاقد) في البيع وأمثاله ولهذا اذا نهاه الوكيل عن قبض الثمن ونحوه صح وان نهاه الموكل عن ذلك لا يصح واذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذن الوكيل (فان دفعه اليه) أي ان دفع المشتري الثمن الى الموكل (جاز) يعني ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن الى الموكل جاز دفعه اليه استحسانا فالفاء في قوله فان دفعه للعطف لا للسببية ولكن لو بدلت بالواو لكان أحسن كما لا يخفى (ولم يكن للوكيل أن يطالبه به) أي بالثمن (ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه) أي حق الموكل وان كانت مطالبته حق الوكيل (وقد وصل اليه) أي وقد وصل حق الموكل الى نفسه (فلا فائدة في الاخذ منه) أي من الموكل (ثم في الدفع اليه) أي الى الوكيل واعلم ان هذا في غير الصرف وأما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جواز البيع في الصرف بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل أشير الى هذا في الذخيرة وذكر في الشروح (ولهذا) أي ولكون نفس الثمن المقبوض حق الموكل (لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل) حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ من الثمن وهذا لان المقاصة ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض ولو أبرآه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ فكذا ههنا ولانا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا الى قضاء

(قوله تقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل وانما كان هذا لان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابرآ المشتري عن الثمن بغير عوض وخرج الكلامان معا فالمشتري يبرأ بابراء الآمر ولا يبرأ بابراء المامور حتى لا يرجع الآمر على المامور بشئ فكذلك ههنا ولانا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا

(قوله قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح الخ) أقول بخلاف التوكيل بالاستعارة والاتهاب حيث لا يلزم فيهما التبليغ على وجه الرسالة وفيه بحث فانه قال في الخانية ان وكل بالاستقراض ان أضاف الوكيل الاستقراض الى الموكل فقال ان فلانا استقرض منك كذا أو قال أقرض فلانا كذا كان القرض للموكل وان لم يضف الاستقراض الى الموكل يكون القرض للوكيل انتهى (قوله الا اذا بلغ على سبيل الرسالة) أقول تصحيحا لكلام العاقل بقدر الامكان يحمل توكيله على الرسالة مجازا فليتأمل

لكنه يضمنه للموكل فى الابراء والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان الابراء اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظر فانه لو كان كذلك لما جاز الابراء من الموكل ولا تضمين الوكيل والجواب أن الثمن حقه فجاز ابراؤه فان الابراء من الوكيل هو ذلك فاذا ابرأه أسقط حق القبض وليس للموكل حق قبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة

وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالراهن يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيفاء من مالية العبد عليه واستحسن أبو يوسف رحمه الله فقال الثمن ملك الموكل لامحالة فليس لغيره أن يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا أن الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لامحالة فاذا أسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا نفا قيل كان الواجب أن لايجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لان غرض الموكل وصول الثمن اليه وأجيب بان فى المقاصة وصولا متقدما ان كانت بدين الموكل ومتأخرا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

(قال المصنف ان كان يقع المقاصة الخ) أقول قوله ان للوصل فى قوله ان كان قال فى النهاية قوله ان كان يقع المقاصة الخ يعنى اگرچه دين مشترى بدين وكيل مقاصه ميشود وقتى كه تنها دين وكيل بود سبب انكه وكيل ابراء مشترى وأما الكسب ترد ابيشان ولكن وقتى كه مشترى را برموكل و بر وكيل دين بود دين مشترى بل بادين موكل مقاصه شود و بدين وكيل انتهى وأنت خبير بان الحق أن يقول موضع قوله ولكن وقتى كه الخ ولكن وكيل ضامن ميشود هر موكل را بخلاف موكل فافترقا ليطابق الشرح المشروح (قوله لكنه يضمن للموكل فى الابراء والمقاصة) أقول فافترقا (قوله والجواب القول بالموجب الخ) أقول لعل هنا مسامحة *(باب الوكالة فى البيع والشراء)*

(فصل

وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لما أنه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل فى الفصلين

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

آخر فان الوكيل يقضى للموكل ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لم نحتج الى قضاء آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة فقد أثبتنا حكما مجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن على المشترى بالاجماع ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل لاثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ماقلناه أولى كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده ولما استشعر أن يقال المقاصة لاتدل على كون نفس الثمن حقا للموكل دون الوكيل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان للمشترى دين على الوكيل وحده أجاب بقوله (وبدين الوكيل اذا كان وحده) ان كان (تقع المقاصة عند أبى حنيفة ومحمد لما أنه) أى الوكيل (يملك الابراء عنه) أى عن المشترى (عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد يعنى انه ان كان تقع المقاصة عندهما بدين الوكيل وحده لعلة أن الوكيل يملك الابرا بغير عوض عن المشترى عندهما فيملك المقاصة أيضا لانها ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض (ولكنه يضمنه) أى ولكن الوكيل يضمن الثمن (للموكل فى الفصلين) أى فى فصل الابراء والمقاصة بخلاف الموكل فانه لايضمن لاحد فى شئ من الفصلين فافترقا وقال أبو يوسف لايجوز ابراء الوكيل استحسانا لان الثمن فى ذمة المشترى ملك الموكل فابراء الوكيل تصرف فى ملك الغير على خلاف ما أمر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشترى وجه أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل ألا ترى أن الموكل لايمنعه عن ذلك ولو أراد أن يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو فى الابراء عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه ثم انه لما أسقط حق القبض انسد على الموكل باب الاستيفاء اذ ليس له حق القبض فصار ضامنا له بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه كذا فى المبسوط فان قيل ينبغى أن لايجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذى يوجب مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل لانه خالف الموكل لانه انما وكله ببيع يصل اليه ثمنه وههنا لايصل قلت ان لم يصل اليه الثمن بعد البيع فقد وصل اليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصا بدين الآمر عندهم جميعا لان الآمر يملك ابراء المشترى عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الابراء بعوض بطريق الاولى كذا فى الذخيرة

(باب الوكالة بالبيع والشرا)

الى قصاص آخر فان الوكيل يقضى للموكل ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لايحتاج الى قصاص آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة ولانا اذا جعلناه قصاصا بدين الموكل فقد أثبتنا حكما مجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشترى بالاجماع ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل فقد أثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ماقلناه أولى كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده (قوله لما أنه يملك الابراء عنه عندهما) لان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل حتى لايمنعه الموكل عن ذلك (قوله ولكنه يضمنه للموكل فى الفصلين) أى فى فصلى المقاصة والابراء ولا يجوز للوكيل الابراء عن الثمن فى قول أبى يوسف رحمه الله لانه تصرف فى ملك الغير اذ الثمن ملك الموكل

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

(فصل فى الشراء)

(قال ومن وكل رجلا بشراء شئ فلابد من تسمية جنسه وصفته

(فصل فى الشراء)

قدم من أبواب الوكالة ماهو أكثر وقوعا وأمس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات كذا فى الشروح أقول هذا الذى ذكروه لتقديم فصل الشراء ضعيف جدا بل هو أمر وهمى لاتحقيقى لان الشراء كما ينبئ عن اثبات الملك فى المبيع ينبئ أيضا عن ازالة الملك عن الثمن وان البيع كما ينبئ عن ازالة الملك عن المبيع ينبئ أيضا عن اثبات الملك فى الثمن وعن هذا قالوا ان الشراء جالب المبيع سالب للثمن والبيع على عكسه فهما سيان فى الانباء عن الاثبات والازالة وان وجه بان الاصل والعمدة فى عقد المبايعة هو المبيع فيكفى انباء الشراء عن الاثبات والبيع عن الازالة بالنظر اليه قلنا لاشك أن ثبوت ملك المشترى فى المبيع ليس بمقدم على زوال ملك البائع عنه والا يلزم أن يجتمع فى كل مبيع فى آن واحد هو قبل زوال ملك البائع عنه ملكان مستقلان للبائع والمشترى ولايخفى بطلانه فتعين أن ثبوت الملك وزواله فى البيع والشراء انما يتحققان معا بالنسبة الى الشخصين وأما قضية كون الازالة بعد الاثبات فانما تجرى فى محل واحد بالنسبة الى شخص واحد فهى بمعزل عما نحن فيه فالاظهر أن الوجه فى تقديم فصل الشراء على فصل البيع ماهو الوجه فى تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر أبواب الوكالة من كونه أكثر وقوعا وأمس حاجة فان أكثر الناس يوكل الآخر بالشراء فى مأكله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الامور المهمة التى قلما يخلو الانسان فى أوقاته من الاحتياج اليها وقلما يقدر على أن يتولى شراءها بنفسه بخلاف التوكيل فى باب البيع كما لايخفى (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن وكل رجلا بشراء شئ) أى شئ غير معين لان فى المعين لايحتاج الى تسمية الجنس والصفة كذا فى الشروح (فلابد من تسمية جنسه) كالعبد والجارية فان العبد جنس عند أهل الشرع وكذا الجارية باعتبار اختلاف الاحكام (وصفته) أى نوعه على ماسيأتى فى كلام المصنف كالتركى والهندى قال صاحب العناية فيحتاج الى تعريف الجنس والنوع فقيل الجنس هو مايدخل تحته أنواع متغايرة والنوع اسم لاحد مايدخل تحت اسم فوقه وذكر فى الفوائد الظهيرية محالا الى أهل المنطق الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى أقول لايذهب على ذى فطرة سليمة أنه لم يأت بشئ يعرف به ماهو المراد بالجنس والنوع ههنا لان الذى ذكره أولا لاحاصل له بل هو أمر مبهم متناول لامور كثيرة غير مرادة بالجنس والنوع ههنا قطعا والذى ذكره ثانيا لايطابق مراد الفقهاء ويشهد بذلك قطعا ماذكروه من أمثلة الجنس والنوع وقال صاحب الغاية وأراد بالجنس النوع لامصطلح أهل المنطق وهو الكلى المقول على كثيرين مختلفين بالنوع فى جواب ماهو والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد فى جواب ماهو وأراد مصطلح أهل النحو وهو ماعلق على شئ وعلى كل ماأشبهه ويجوز أن يريد بالجنس مايندرج تحته أشخاص وقد مر بيان ذلك فى كتاب النكاح فى باب المهر انتهى أقول كل واحد من المعانى الثلاثة التى جوز كونها مرادة بالجنس ههنا منظور فيه أما الاول فلانه ان أراد بالنوع فى قوله وأراد بالجنس النوع المنطقى كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه أن من الاجناس الشرعية ماليس بنوع عند أهل المنطق كالعبد والجارية فانهما ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم من أصناف نوع الانسان وان أراد بذلك النوع اللغوى بمعنى القسم يلزم أن يدخل فيه جميع الانواع الشرعية بل أصنافها أيضا فان كل واحد

(فصل فى الشراء)

(قوله فلابد من تسمية جنسه) كالجارية والعبد وصفته أى نوعه كالتركى والحبشى والاصل أن الجهالة ثلاثة أنواع فاحشة وهى جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهى تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن

(فصل فى الشراء) قدم من أبواب الوكالة ماهو أكثر وقوعا وأمس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات قال (ومن وكل رجلا بشراء شئ الخ) اذا وكل رجلا بشراء شئ بغير عينه لابد له من تسمية جنسه وصفته أى نوعه

(فصل فى الشراء)
(قوله وقدم فصل الشراء لانه ينبئ الخ) أقول ولان الوكالة بالشراء أكثر وقوعا وأمس حاجة من التوكيل بالبيع ألا ترى أن أكثر الناس يوكل ولده أو خادمه بشراء الخبز واللحم وغيرهما كل يوم مرات ولا كذلك بالبيع (قال المصنف وصفته) أقول أى نوعه كما سيفسرها به بعد أسطر

أو جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس (٢٦) والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه أهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثير بن مختلفين بالحقيقة فى جواب ماهو كالحيوان والنوع هو المقول على كثير بن متفقين بالحقيقة فى جواب ماهو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضى كالتركى والهندى والمراد ههنا بالجنس مايشمل أصنافا على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف فن وكل رجلا بشراء شئ فاما أن يكون معينا أولا والاول لاحاجة فيه الى ذكر شئ والثانى لابد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل أن يقول عبدا هنديا أو تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل أن يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف أو الثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن

أو جنسه ومبلغ ثمنه) ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار (الا أن يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لى ما رأيت) لانه فوض الامر الى رأيه فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا

منها قسم مما هو الاعم منه فلا يتميز الجنس الشرعى عن النوع الشرعى ومادونه فيختل معنى المقام وأما الثانى فلان ذلك المعنى الذى هو مصطلح أهل النحو فى اسم الجنس وحاصله ما علق على شئ لا بعينه كما ذكره فى باب المهر من كتاب النكاح يصدق على مافوق الاجناس الشرعية كالدابة والثوب والرقيق فان كل واحد منها مما يجمع الاجناس الشرعية كما صرحوا به ويصدق أيضا على ماتحت الاجناس الشرعية من الانواع الشرعية ومادونها فلا يتميز الجنس الشرعى حينئذ من غيره فيختل معنى المقام وأما الثالث فلان ذلك المعنى الذى هو مصطلح حكماء يونان فى الجنس على مانقل عن أبى على بن سينا يصدق على كل مفهوم كلى يندرج تحته أشخاص فيعم مافوق الاجناس الشرعية وماتحتها من الانواع الشرعية وأصنافها فلا يتميز الجنس الشرعى حينئذ عن غيره أيضا فيختل معنى المقام وقال صاحب العناية والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه أهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثير بن مختلفين بالحقيقة فى جواب ماهو كالحيوان والنوع هو المقول على كثير بن متفقين بالحقيقة فى جواب ماهو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضى كالتركى والهندى والمراد ههنا بالجنس مايشمل أصنافا على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف انتهى أقول لايخفى على العارف بالفقه أن ماقاله صاحب العناية أقرب الى ضبط ماهو المراد من الجنس والنوع عند أهل الشرع لكن فيه أيضا اشكال لانه ان أراد بالصنف فى قوله وبالنوع الصنف الصنف المنطقى كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه أن الحمار نوع عند أهل الشرع على ماسيجىء فى الكتاب مع انه ليس بصنف منطقى بل هو نوع عند أهل المنطق أيضا وان أراد بذلك الصنف اللغوى بمعنى الضرب والقسم يرد عليه أن الرقيق مثلا صنف بهذا المعنى لانه ضرب من الانسان وليس بنوع عند أهل الشرع بل هو عندهم مما يجمع الاجناس الشرعية كالعبد والجارية على ماصرحوا به وان العبد والجارية مثلا صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه (أو جنسه ومبلغ ثمنه) أى أو تسمية جنسه ومقدار ثمنه (ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار) أى فيمكن الوكيل الامتثال لامر الموكل فان ذكر الجنس مجردا عن الصفة أو الثمن لا يفيد المعرفة فلا يتمكن الوكيل من الاتيان بما أمره الموكل واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب أن الفعل الموكل به فى هذا القسم ليس هو الشراء بل هو شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه كذا فى العناية أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الفعل الموكل به فى هذا القسم شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع كيف ومعنى الدليل المذكور أنه لو لم يسم الموكل بشراء شئ نوعه مع جنسه أو مبلغ ثمنه مع جنسه لم يصر الفعل الموكل به معلوما فلم يمكن للوكيل الائتمار بما أمر به وعلى هذا لا يحتمل أن يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين لكونه خلاف المفروض وان أراد أن الفعل الموكل به فى هذا القسم شراء نوع ما من أنواع جنس فهو مسلم لكن يرد عليه الاعتراض بان الفعل الموكل به حينئذ معلوم وهو شراء نوع ما من جنس فاذا اشترى الوكيل أى نوع كان من ذلك الجنس يصير مؤتمرا بما أمر به ويمكن الجواب بان الفعل الموكل به حينئذ وان كان شراء نوع مطلق من جنس نظرا الى ظاهر لفظ الموكل لكن يجوز أن يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص من ذلك الجنس فاذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يمكن للوكيل الائتمار بامره على وفق مراده فمعنى كلام المصنف ليصير الفعل الموكل به معلوما على وفق مراد الموكل فيمكن للوكيل الائتمار بامره على وفق ذلك ويرشد اليه قوله فيما سيأتى فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة (الا أن يوكله وكالة عامة) استثناء من قوله فلا بد من تسمية جنسه وصفته و جنسه ومبلغ ثمنه يعنى اذا وكله وكالة عامة (فيقول ابتع لى ما رأيت) فلا يحتاج الى ذكر شئ منها (لانه) أى الموكل فى هذه الصورة (فوض الامر الى رأيه) أى الى رأى الوكيل (فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا) لامر

و يسيرة وهى جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والبغل والفرس والثوب الهروى والمروى فانها لا تمنع

(قوله والمراد ههنا بالجنس مايشمل أصنافا الخ) أقول سواء كان نوعا أو أخص منه كالرقيق (قوله وبالنوع الصنف) أقول فيه بحث لان الحمار نوع وليس بصنف منطقى (قوله والاول لاحاجة فيه الى ذكر شئ) أقول من الجنس والنوع والثمن صريحا ولا بد من ذكر بعضها صريحا فى الثانى فلا يرد أن يقال فى الثانى لا تمس الحاجة الى تسمية الجنس لما سيجىء أنه اذا سمى نوع

الدابة تصح الوكالة فان عم الذكر الضمنى أيضا يقال الجنس والنوع مذكور وان ضمنا فى الاول فليتأمل

والاصل

الوكيل من الاتيان بما أمر به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب أن الفعل الموكل به فى هذا القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل أن يقول ابتع لى ما رأيت فانه فوض الامر الى رأيه فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا ويقع عن الآمر (والاصل أن الجهالة اليسيرة متحملة فى باب الوكالة استحسانا) والقياس يأباه لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بان يجعل الوكيل كالمشترى لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفى ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذلك فيما اعتبر به (٢٧) ووجه الاستحسان ماذكره (لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفى اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج) فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقا وحرجا وذلك خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها فنقول اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه و وصفه فذلك معلوم صحت الوكالة به لا محالة وان ترك جميع ذلك وذكر لفظا يدل على أجناس مختلفة فذلك مجهول لم تصح الوكالة به لا محالة وان بين الجنس بان ذكر لفظا يدل على أنواع مختلفة فان ضم اليه ذكره بيان النوع أو الثمن جازت والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال لآخر اشتر لى ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة بين الثمن أو لا للجهالة الفاحشة فان الدابة فى الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفى العرف يطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع أجناسا

والاصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل فى الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفى اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع (ثم ان كان اللفظ يجمع أجناسا أو ماهو فى معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن) لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة (وان كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح

الموكل فيقع عنه اعلم أن الجهالة ثلاثة أنواع فاحشة وهى جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة الرقيق وهى تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لان الوكيل لا يقدر على الامتثال و يسيرة وهى جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروى والمروى فانها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر بن غياث لا تصح الوكالة لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح الا ببيان وصف المعقود عليه ولنا انه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة الاضحية ولم يبين صفتها ومبنى الوكالة على التوسع لكونها استعانة فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة استحسانا وفى اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره و جهالة متوسطة وهى بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد أو شراء أمة أو دار فان بين الثمن أو النوع يصح و يجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يبين الثمن أو النوع لا يصح ويلحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال كذا ذكر فى الكافى أخذا من المباسيط والجوامع فاراد المصنف أن يشير الى هذه الانواع الثلاثة من الجهالة وان يبين حكم كل واحد منها فى باب الوكالة فقال (والاصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل فى الوكالة كجهالة الوصف استحسانا) هذا بيان الحكم الجهالة اليسيرة وانما قيد بالاستحسان لان القياس أن لا تتحمل الجهالة فى الوكالة وان قلت بناء على أن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع أو الشراء ألا ترى أنا نجعل الوكيل كالمشترى بنفسه ثم كالبائع من الموكل فلا يجوز الا ببيان وصف المعقود عليه ووجه الاستحسان ماذكره بقوله (لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفى اعتبار هذا الشرط) يعنى اشتراط بيان الوصف أو اشتراط عدم الجهالة اليسيرة (بعض الحرج وهو مدفوع) شرعا بالنص (ثم ان كان اللفظ) أى لفظ الموكل (يجمع أجناسا) كالدابة والثوب (أو ماهو فى معنى الاجناس) كالدار والرقيق (لا يصح التوكيل وان بين الثمن) هذا بيان لحكم الجهالة الفاحشة وانما كان الحكم فيها كذلك (لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس) أى يوجد فرد من كل جنس (فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة) فالوكيل لا يقدر على الامتثال (وان كان) أى اللفظ (جنسا يجمع أنواعا) كالعبد والامة (لا يصح) أى التوكيل الا ببيان

صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر بن غياث لا تصح الوكالة لان الوكالة بالبيع والشراء معتبرة بنفس البيع والشراء فلا تصح ومتوسطة وهى بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد أو بشراء أمة أو دار فان بين الثمن والنوع تصح وتلحق بجهالة النوع وان لم يبين الثمن لا تصح وتلحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال (قوله ثم ان كان اللفظ يجمع أجناسا) كالدابة والثوب أو ماهو فى معنى الاجناس كالدار والرقيق (قوله مثاله اذا وكله بشراء عبد أو جارية) أى مثال ما يجمع أنواعا

كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ماهو فى معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدرى

(قال المصنف والاصل فيه أن الجهالة الخ) أقول والاكتفاء بمعلومية الجنس والنوع أو الجنس ومبلغ الثمن على ما علم فيما تقدم من قوله ليصير الفعل الخ (قوله فلو اعتبرناه لكان) الى قوله خلف باطل أقول فيه شئ (قوله وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك) أقول يعنى فكذلك جازت الوكالة (قوله فيتعذر الامتثال) أقول وان بين الثمن

الابيان الثمن أو النوع) لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال امثاله اذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لانه يشمل أنواعا فان بين النوع كالتركي أو الحبشي أو الهندي أو السندي أو المولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع (وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة) للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال (قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) معناه نوعه

الثمن أو النوع هذا بيان لحكم الجهالة المتوسطة وانما كان الحكم فيها كذلك (لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال) أي امتثال أمر الآمر (مثاله) أي مثال هذا النوع من أنواع الجهالة وانما ذكر المثال لهذا النوع دون النوعين السابقين لان مثال ذينك النوعين سيأتي في أثناء مسئلة الجامع الصغير بخلاف هذا النوع وهذا سر تفردت ببيانه (اذا وكله) أي اذا وكل رجل رجلا (بشراء عبد أو جارية لا يصح) أي لا يصح التوكيل بمجرد هذا اللفظ لانه يشمل أنواعا أي لان هذا اللفظ يعني لفظ عبد وجارية يشمل أنواعا فلا يدري المراد (فان بين النوع كالتركي أو الحبشي أو الهندي أو السندي أو المولد) وفي المغرب المولدة التي ولدت ببلاد الاسلام (جاز) أي التوكيل (وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه) أراد به قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما قال بعض المشايخ ان كان يوجد بما سمى من الثمن من كل نوع لا يصح ببيان الثمن ما لم يبين النوع كذا في الذخيرة (ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة) وهي (الجودة والرداءة والسطة) أي الوسط السطة مع الوسط كالعدة مع الوعد والعظة مع الوعظ في أن التاء في آخرها عوضت عن الواو الساقطة من أولها في المصدر والفعل من حد ضرب (جاز) أي التوكيل (لانه) أي هذا القدر من الجهالة (جهالة مستدركة) أي يسيرة فلا يبالى بها (ومراده) أي مراد القدوري (من الصفة المذكورة في الكتاب) أي في مختصره (النوع) ليوافق كلامه القاعدة الشرعية وما صرح به في كتب سائر المشايخ (وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة) أي وان بين الثمن كما ذكر فيما مر ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعا على الوكيل كما صرح به في نسخ الجامع الصغير فقال رجل أمر رجلا أن يشتري له ثوبا أو دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة (للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناسا) يعني أن لفظ الدابة سواء حمل على اللغة أو على العرف قد جمع أجناسا فكانت الجهالة فيه فاحشة (وكذا الثوب) أي هو أيضا يجمع اجناسا (لانه لا يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء) أي من الاعلى الى الادنى فكانت الجهالة فيه أيضا فاحشة (ولهذا لا يصح تسميته) أي تسمية الثوب (مهرا) فان الجهالة الفاحشة تبطل التسمية في باب المهر أيضا (وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس) يعني أن الدار وان لم تجمع أجناسا حقيقة الا أنها تجمع ما هو في معنى الاجناس (لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال) أي يتعذر الامتثال لامر الآمر بشراء الاشياء المذكورة لتفاحش الجهالة قال (وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) أي التوكيل هذا لفظ الجامع الصغير قال المصنف (معناه) يعني معنى جنس الدار في قوله ووصف جنس الدار (نوعه) فحينئذ تلحق بجهالة النوع وهي جهالة

(قوله والمولد) في المغرب المولدة التي ولدت في بلاد الاسلام (قوله وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه) اشارة الى قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وقال بعض المشايخ ان كان يوجد بما سمى من

وكذا

مراد الآمر لتفاحش الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن واذا قال اشتر لي عبدا أو جارية لا يصح لان ذلك يشمل أنواعا فان قال عبدا تركيا أو حبشيا أو مولدا وهو الذي ولد في الاسلام أو قال جارية هندية أو رومية أو فرسا أو بغلا صحت لان بذكر النوع تقل الجهالة وكذا اذا قال عبدا بخمسمائة أو جارية بالف صحت لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما عادة فلا تمنع الامتثال وتبين من هذا أنه اذا ذكر النوع أو الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة يسيرة وان لم يذكر الصفة أي الجودة والرداءة والسطة وفائدة ذكر الجامع الصغير بيان اشتمال لفظه على أجناس مختلفة كما أشرنا اليه

(قوله الا اذا وصفها) أقول مع ذكر الثمن (قال المصنف وان سمى ثمن الدار الى قوله جاز معناه نوعه) أقول وفي شرح الجامع الصغير للامام التمرتاشي ولو قال اشتر لي حمارا أو فرسا أو ثوبا هرويا أو مرويا صح التوكيل وان لم يبين الثمن لان هذه جهالة يسيرة يمكن دركها بحال الآمر ولو قال اشتر لي جارية أو عبدا أو لؤلؤة أو دارا ان بين

وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا أو نحوه قال (ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها) استحسانا

يسيرة لا تمنع صحة الوكالة كما مر قال صاحب النهاية وتقييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية المبسوط فقال فيه وان وكله بان يشتري له دارا ولم يسم ثمنا لم يجز ذلك ثم قال وان سمى الثمن جاز لان بتسمية الثمن تصير معلومة عادة وان بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة والمتأخرون من مشايخنا يقولون في ديارنا لا يجوز الا ببيان المحلة انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع وأنا أقول في تحقيق المقام انما حمل المصنف الجنس الواقع في عبارة الجامع الصغير ههنا على النوع لئلا يختل معنى المقام فانه لو أجرى الجنس ههنا على معناه الظاهري كان ذكر وصف الجنس مستدركا بالنظر الى مسئلة الدار ومخلا بالنظر الى مسئلة الثوب أما الاول فلان الموكل اذا سمى ثمن الدار يلغو هناك وصف جنسها اذ لا مدخل لوصف الجنس في رفع الجهالة وانما ترتفع الجهالة بتسمية الثمن أو ببيان النوع كما تقرر فيما مر قبل وأما الثاني فلان الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى ان وصف الموكل جنس الثوب جاز التوكيل ولا صحة له على تقدير ان كان الجنس يجري على معناه الظاهري لان الثوب من قبيل ما يجمع أجناسا فالجهالة فيه فاحشة وهي لا ترتفع وان بين الثمن فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس وأما اذا حمل على معنى النوع فيصح المعنى في مسئلة الثوب بلا غبار اذ ببيان النوع ترتفع الجهالة التي تمنع صحة الوكالة قطعا وانما يبقى الكلام في مسئلة الدار فانها تصير حينئذ مقيدة بتسمية الثمن ووصف النوع مع أن تسمية الثمن كافية فيها على ما وقع في رواية المبسوط بل في رواية عامة الكتب فتصير رواية الجامع الصغير مخالفة لرواية تلك الكتب لكن وقوع الروايتين ليس بعزيز في المسائل الشرعية فيجوز أن يكون الامر ههنا أيضا كذلك فيكون مدار رواية الجامع الصغير على أن الجهالة في الدار فاحشة كما بينه المصنف ومدار رواية تلك الكتب على أن الجهالة فيها متوسطة كما صرحوا به ثم انا ان جعلنا وصف النوع في حق الدار بيان المحلة صار ما ذكر في الجامع الصغير عين ما قاله المتأخرون من مشايخنا وكان موافقا لما ذكر في كثير من الكتب فتأمل قال المصنف (وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا أو نحوه) أي يصح التوكيل بشراء الحمار ونحوه وان لم يبين الثمن وبه صرح في المبسوط لان الجنس صار معلوما بتسمية النوع وانما بقيت الجهالة في الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل الحمير أنواع منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه قلنا هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضي أو الوالي اذا أمر انسانا بشراء حمار ينصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الاذنين لا يجوز عليه بخلاف ما لو أمره الفاليزي بذلك كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح أقول بقي ههنا كلام وهو أن ما ذكره المصنف ههنا مخالف لما ذكره في باب المهر في مسئلة التزوج على حيوان غير موصوف حيث قال هنالك معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس أو حمار انتهى فقد جعل الحمار هنالك جنسا وههنا نوعا والتوجيه الذي ذكره صاحب العناية هنالك من أنه أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء دون مصطلح أهل المنطق ليس ببعيد اذ قد صرح المصنف ههنا بان الحمار نوع ولا شك أن مراده بالنوع ههنا ما هو مصطلح الفقهاء والا للزم بيان ثمن الحمار أيضا وقد صرحوا بعدم لزومه فلم يكن الحمار جنسا على مصطلح الفقهاء أيضا (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها) وانما قيد بدفع الدراهم الخ لانه اذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشتر لي طعاما لم يجز على الآمر لانه لم يبين له المقدار وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث

الثمن من كل نوع لا يصح ببيان الثمن ما لم يبين النوع كذا في الذخيرة (قوله وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا) أي يصح التوكيل بشراء الحمار وان لم يسم الثمن لان الجنس صار معلوما بالتسمية وانما بقيت الجهالة

قال (ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما الخ) ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس أن يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما اذا حلف لا يأكل طعاما اذ الطعام اسم لما يطعم

الثمن صحت الوكالة والا فلا لان جهالة هذه الاشياء أكثر من جهالة الفرس وأقل من جهالة الثوب فان بين الثمن ألحق بجهالة الفرس وان لم يبين الحق بجهالة الثوب انتهى ولا يخفى عليك مخالفة المذكور في الهداية لما في هذا الكتاب ثم أقول ويحتمل أن يكون الواو في قول المصنف ووصف جنس الدار بمعنى أو حتى لا يخالف ما في سائر الكتب كالكافي وغيره نعم الموافق لكلامه السابق ابقاء الواو على معناه فليتأمل

(وجه الاستحسان أن العرف أملك) أى أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس والعرف فى شراء الطعام أن يقع على الحنطة ودقيقها قالوا هذا عرف أهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام أما فى عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم قال بعض مشايخ ماوراء النهر الطعام فى عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوى وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان بين ذلك فعلى الدقيق وهذا بظاهره يدل على أن ماذكره أولا مطلق أى سواء كانت

والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما فى اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ماذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف فى الاكل فبقى على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق

ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمى له كذا فى الكافى وغيره وماذكر فى الكتاب استحسان (والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة) أى لحقيقة الطعام (كما فى اليمين على الاكل) يعنى اذا حلف لا يأكل طعاما يحنث بأكل أى طعام كان (اذ الطعام اسم لما يطعم) بحسب الحقيقة (وجه الاستحسان ان العرف أملك) أى أقوى وأرجح بالاعتبار من الحقيقة (وهو) أى العرف (على ماذكرناه) أى على الحنطة ودقيقها (اذا ذكر) أى الطعام (مقرونا بالبيع والشراء) يعنى أن العرف فى شراء الطعام انما يقع على الحنطة ودقيقها وبائع الطعام فى الناس من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص كذا فى المبسوط وقال فى الكافى ولهذا لو حلف لا يشترى طعاما لا يحنث الا بشراء البر ودقيقه (ولا عرف فى الاكل فبقى على الوضع) أى فبقى الطعام فى حق الاكل على الوضع والحقيقة ولهذا يحنث فى اليمين على الاكل بأكل أى مطعوم كان قالوا هذا الذى ذكر فى شراء الطعام من انصرافه الى الحنطة ودقيقها انما هو عرف أهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام وأما فى عرف غيرهم فينصرف الى شراء كل مطعوم وقال بعض مشايخ ماوراء النهر الطعام فى عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوى وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كذا فى الذخيرة وغيرها (وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق) هذا بظاهره يدل على أن ماذكره أولا مطلق أى سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الذى ذكره ثانيا وعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول الفقيه أبى جعفر الهندوانى كما ذكره الصدر الشهيد فى أول باب الوكالة بالبيع والشراء من بيوع الجامع الصغير وعزاه الامام قاضيخان فى فتاواه الى شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده ولكن قال صاحب النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل فى الاول واليه أشار فى المبسوط والذخيرة

فى الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل ليس كذلك فان الحمر أنواع منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه قلنا هذا اختلاف الوصف مع ان ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضى اذا أمر انسانا أن يشترى له حمارا ينصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الاذنين لا يجوز عليه وقد صح ان النبى عليه السلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية (قوله وجه الاستحسان ان العرف أملك) أى أقوى وهو على ماذكرناه أى على الحنطة ودقيقها قيل هذا عرف أهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها يسمى سوق الطعام فاما فى غير أهل الكوفة ينصرف الى شراء كل مطعوم وبعض مشايخ ماوراء النهر قالوا الطعام فى عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه فيصرف التوكيل اليه دون الحنطة والدقيق والخبز قال الصدر الشهيد رحمه الله وعليه الفتوى كذا فى

الدراهم قليلة أو كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الثانى المعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول أبى جعفر الهندوانى ولكن ذكر فى النهاية أنه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل فى الاول وذكر مايدل على ذلك من المبسوط بقوله قال فى المبسوط بعد ماذكر ماقلنا ثم ان قلت الدراهم فله أن يشترى بها خبزا وان كثرت فليس له أن يشترى بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار فى الحنطة وأقول فى تحقيق ذلك العرف ينصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين افرادا ما عينه العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما حمل به عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشترى بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك

(قوله وأرجح بالاعتبار من القياس) أقول الاولى أن يقال من الحقيقة (قوله وأقول فى تحقيق ذلك العرف ينصرف الخ) أقول نسبة هذا الكلام الى نفسه عجيب فان صاحب النهاية تذكر ما يدل على ماقاله من المبسوط والذخيرة فقال بعد نقل كلام المبسوط وذكر فى الذخيرة واذا وكل رجلا بان يشترى له طعاما ودفع اليه الدراهم صح التوكيل استحسانا وينصرف التوكيل الى الحنطة ودقيقها وخبزها وتحكم الدراهم فى تعيين واحد منها ان كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشترى بمثلها فى العرف الا الخبز الخ فالتوكيل ينصرف الى الخبز ولا يذهب عليك أن ماذكره بقوله أقول هو ما فى الذخيرة بعينه (قوله الى الحنطة ودقيقها) أقول الاولى أن يقول وخبزها أيضا قال

قال (واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع فى يده) لانه من حقوق العقد وهى كلها اليه (فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه) لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا

فقال فى المبسوط بعد ذكر ماقلنا ثم ان قلت الدراهم فله أن يشترى بها خبزا وان كثرت فليس له أن يشترى بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار فى الحنطة وذكر فى الذخيرة واذا وكل رجلا بان يشترى له طعاما ودفع اليه الدراهم صح التوكيل استحسانا وينصرف التوكيل الى الحنطة ودقيقها وخبزها وتحكم الدراهم فى تعيين واحد منها ان كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشترى بمثلها فى العرف الا الخبز فالتوكيل ينصرف الى الخبز الى آخره ثم قال قال القدورى اذا كان الرجل قد اتخذ وليمة يعلم أن مراده من التوكيل الخبز وان كثرت الدراهم فاذا اشترى الخبز فى هذه الصورة يجوز على الآمر الى ههنا كلام صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل رأى صاحب النهاية ههنا من أن المعبر عنه بقيل غير مخالف للاول بل هو داخل فيه وأقول فى تحقيق ذلك العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين افرادا ما عينه العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما حمل عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة ليشترى بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بأن المراد ذلك انتهى وطعن فيه بعض الفضلاء حيث قال نسبة هذا الكلام الى نفسه عجيب فان صاحب النهاية ذكر ما يدل على ماقاله من المبسوط والذخيرة ولا يذهب عليك ان ماذكره بقوله أقول هو ما فى الذخيرة بعينه انتهى وأقول لا يذهب على المتامل فى كلام صاحب العناية ان نسبته الى نفسه ليست بمحل التعجب لانه أراد بيان وجه ماذكر أولا من أصل المسئلة وبيان طريق دخول ماذكر ثانيا بقيل فى الاول وبيان التوفيق بين ماذكره القدورى وبين ماذكره ههنا بقيل وفى الذخيرة بتحكيم الدراهم وقصد افادة هذه المعانى بقيل داخل فى الاول وقد ذكر فيه الخبز أيضا دون الاول وكيف يصح ماذكر فى التحقيق المزبور من أن الدراهم بقلتها وكثرتها ووسطتها تعين أفراد ما عينه العرف والخبز لم يدخل فيما عينه العرف على ماذكر فيه لا يقال يجوز أن يدرج الخبز فى الحنطة ودقيقها المذكورين أو أن يجعل فى حكمهما فيكتفى بذكرهما عن ذكره لانا نقول لا مجال لشئ من ذلك لانهم جعلوا الخبز قسيما للحنطة ودقيقها فى الذكر والحكم حيث قالوا ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق فانى يتيسر ذلك نعم قد ذكر الخبز مع الحنطة ودقيقها فى الذخيرة فى أصل المسئلة وبيان تحكيم الدراهم كما مر تفصيله عند نقل كلام صاحب النهاية فحينئذ لا اشكال ولكن الكلام فى تصحيح مسئلة الكتاب ومسئلة المبسوط على القول بكون الكلام الثانى داخلا فى الاول فتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب) أى فللوكيل أن يرد ما اشتراه على البائع بسبب العيب فيه) مادام المبيع فى يده لانه) أى الرد بالعيب (من حقوق العقد) أى من حقوق عقد الشراء (وهى كلها اليه) أى الحقوق كلها ترجع الى الوكيل فى مثل هذا العقد (فان سلمه الى الموكل) أى فان سلم الوكيل المبيع الى الموكل (لم يرده الا باذنه) أى لم يرده على البائع الا باذن الموكل (لانه انتهى حكم الوكالة) أى انتهى حكم الوكالة بتسليمه الى الموكل فخرج من الوكالة وانقطع حقه (ولان فيه) أى فى الرد بالعيب بعد التسليم الى الموكل (ابطال يده) أى يد الموكل (الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه) أى باذن الموكل الذى هو صاحب اليد الحقيقية (ولهذا) أى ولاجل كون الحقوق كلها الى الوكيل كذا قيل فى كثير من الشروح أقول فيه نظر لان هذا التفسير انما يتم بالنظر الى قول المصنف فيما سيأتى قبل التسليم الى الموكل لا بالنظر الى قوله لا بعده كما لا يخفى مع أن كلا منهما فى حيز هذا التفريع كما ترى فالحق فى التفسير أن يقال أى لما ذكرنا من الادلة على جواز الرد فى صورة وعدم

الذخيرة وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة الا أن يكون ثمة وليمة فعلى الخبز وان كثرت وان قلت فعلى الخبز

قال (واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب الخ) واذا اشترى الوكيل ما وكل به وقبضه ثم اطلع على عيب فاما أن يكون المشترى بيده أو دفعه الى الموكل فان كان الاول جاز له أن يرده الى البائع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهى كلها اليه وان كان الثانى لم يرده الا باذنه لانتهاء حكم الوكالة ولان فى الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه (ولهذا) أى ولكون الحقوق كلها اليه

(قوله ولهذا أى ولكون الحقوق كلها اليه) أقول الشارح تبع فى هذا التفسير الاتقانى وفيه بحث فان الاولى أن يقول أى لما ذكر من الادلة على جواز الرد قبل التسليم وعدم جوازه بعده الا باذنه اذ لا يتفرع قوله لا بعده على ماذكره مع انه مذكور فى حيز التفريع ولتفطنه على ذلك لم يذكر الشارح قوله لا بعده بخلاف الاتقانى فليتامل

(كان خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره) كالمستحق (قبل التسليم الى الموكل) قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم الخ) اذا وكل شخصا بان يعقد عقد الصرف أو يسلم فى مكيل مثلا ففعل جاز لانه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على مامر فى أول كتاب الوكالة ولو وكله بان يقبل السلم لا يجوز لان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على ان يكون الثمن لغيره وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه العين على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك فى الديون واعترض بان قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب أن يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتقاض وبان التوكيل بالشراء جائز لا محالة والثمن يجب فى ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز أن يكون المال

كان خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على مامر ومراده التوكيل بالاسلام

جوازه فى أخرى (كان) أى الوكيل (خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع) اذا ادعى حق الشفعة فى المشترى (وغيره) أى وغير الشفيع كمن يدعى الاستحقاق فى المشترى من حيث الملك (قبل التسليم الى الموكل) متعلق بقوله كان خصما أى كان الوكيل خصما لذلك المدعى قبل التسليم الى الموكل (لا بعده) أى لم يكن خصما له بعد التسليم اليه (قال) أى القدورى فى مختصره (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) يعنى اذا وكل شخصا أن يعقد عقد الصرف أو يسلم فى مكيل مثلا ففعل جاز (لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به) دفعا للحاجة (على مامر) فى أول كتاب الوكالة وهو قوله كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره قال جمهور الشراح يرد عليه مسئلة الوكالة من جانب المسلم اليه فانها لا تجوز مع أن المسلم اليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز فنهم من لم يجب عنه ومنهم من أجاب عنه فقال صاحب غاية البيان فجوابه أن القياس أن لا يملكه المسلم اليه أيضا لكونه بيع المعدوم الا أنه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعا لحاجة المفاليس وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم وما ثبت بخلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص فلم يجز توكيله غيره أو نقول جاز بيع المعدوم ضرورة دفع حاجة المفاليس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر أثره فى التوكيل ولم يرد نقضا على الكلى الذى قاله القدورى لان تملك المسلم اليه العقد بنفسه لعارض الضرورة والعوارض لا تقدح فى القواعد وقال هذا ما سمع به خاطرى فى هذا المقام وقد تبعه صاحب العناية فى كلا وجهى جوابه ولكنه أجلهما أقول فى كل أحد منهما نظر أما فى الاول فلانه منقوض بعقد الاجارة مثلا لانه كما يجوز أن يباشره الانسان بنفسه يجوز أن يوكل به غيره بلا خلاف مع أنه ثابت أيضا على خلاف القياس بالنص كما سيأتى فى أول كتاب الاجارة ثم ان الظاهر أن مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه فجواز التوكيل فيه على فرض لا ينافى الاقتصار على مورد النص كما أن جوازه فى عقد الاجارة لم يناف الاقتصار على مورد النص لاجل ذلك وأما فى الثانى فلانه مع انتقاضه أيضا بمثل عقد الاجارة يرد عليه أن فى التوكيل أيضا ضرورة دفع الحاجة سيما اذا كان الموكل مريضا أو شيخا فانيا أو نحو ذلك فيكون الثابت بالضرورة مقدرا بقدر الضرورة لا يمنع جواز التوكيل من جانب المسلم اليه أيضا لا يقال انما جاز بيع المعدوم فى عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن لا لمطلق الضرورة والذى يتحقق فى التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل الى العمل لا غير لانا نقول بل يتحقق فى التوكيل عند الحاجة اليه ضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن أيضا مع زيادة فان المفلس العاجز عن المباشرة بنفسه اذا لم يقدر على توكيل غيره لقبول السلم تشتد حاجته الى الثمن قال المصنف (ومراده التوكيل بالاسلام) أى مراد القدورى بالتوكيل بعقد السلم التوكيل بالاسلام وهو توكيل رب السلم غيره بان يعقد عقد السلم ولفظ

والقلة مثل درهم الى ثلاثة والوسطى مثل أربعة الى خمسة أو سبعة

للمسلم اليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه وأجيب عن الاول بان الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى الى الآمر به وعن الثانى بان كلامنا فيما اذا كان المبدل فى ذمة شخص وآخر يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل فى الشراء يملك المبدل ويلزم البدل فى ذمته فان قيل فاجعل المسلم فيه فى ذمة الموكل والمال له كما فى صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام فى ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ولا فرق فى ذلك بين أن يضيف العقد الى نفسه أو الى الآمر لاطلاق ما يدل على بطلانه ولا بد من قبض بدل الصرف ورأس مال السلم فى المجلس فان قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان ممن يتعلق به الحقوق أو ممن لا يتعلق به كالصبى والعبد المحجور عليه فان قبضه صحيح وان لم يكن لازما دون

(قوله فلم لا يجوز أن يكون المال الخ) أقول يعنى أن يكون الثمن (قوله وبالنص على خلاف القياس) أقول المراد من النص هو ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم كما مر فى أول باب السلم (قوله فالجواب هو الجواب عن السؤال الخ) أقول جواب بتغيير الدليل واعتراف بعدم تمام الدليل الاول

دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز (فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) لوجود الافتراق من غير قبض (ولا يعتبر مفارقة الموكل) لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق

الاسلام انما يستعمل من جانب رب السلم يقال أسلم فى كذا اذا اشترى شيئا بالسلم (دون قبول السلم) أى ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم اليه (لان ذلك) أى لان التوكيل بقبول السلم (لا يجوز فان الوكيل) حينئذ (يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره) أى الموكل (وهذا لا يجوز) لان من باع ملك نفسه من الاعيان على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك فى الديون نص على ذلك محمد فى رب الوكالة بالسلم من البيوع واذا بطل التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام فى ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه كذا فى المبسوط وغيره فان قيل قد يجوز التوكيل بشئ يجب فى ذمة الغير كما فى التوكيل بالشراء فان الوكيل هو المطالب بالثمن والثمن يجب فى ذمة الموكل فلم لا يجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم اليه غيره بقبول السلم على أن يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه بجامع معنى الدينية فان المسلم فيه دين فى ذمة المسلم اليه كالثمن فى ذمة المشترى قلنا بين الدينين فرق فان المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هنالك الجواز هنا كذا فى النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية فى الجواب عن السؤال المذكور ان كلامنا فيما اذا كان المبدل فى ذمة شخص وآخر يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل بالشراء يملك المبدل ويلزم البدل فى ذمته وقال فان قيل فاجعل المسلم فيه فى ذمة الموكل والمال له كما فى صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا انتهى كلامه أقول انه عدل ههنا عن نهج الصواب حيث قصد التصرف الزائد ولكن أفسد لان مآل جوابه الاعتراف بعدم تمام الدليل الذى ذكره المصنف والمصير الى دليل آخر حاصل من الجواب عن السؤال الاول الذى حاصله ان جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة فيقتصر على مورد النص ويتقدر بقدر الضرورة فلا يتعدى الى الآمر به والدليل الذى ذكره المصنف مما تلقته السلف والخلف بالقبول فلا وجه للاعتراف بعدم تمامه مع تحقق المخلص عن السؤال المذكور بالجواب الذى ذكره غيره على أن الجواب عن السؤال الاول قد عرفت عدم تمامه بما أوردنا عليه فيما قبل (فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) هذا لفظ القدورى فى مختصره أى ان فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذى عقد معه قبل القبض بطل العقد (لوجود الافتراق من غير قبض) يعنى أن من شرط الصرف والسلم قبض البدل فى المجلس فاذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض لم يوجد الشرط فبطل العقد قال صاحب النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضرا فى مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل كذا ذكره الامام خواهر زاده قال الزيلعى فى التبيين وهذا مشكل فان الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر انتهى (ولا تعتبر مفارقة الموكل) أى لا تعتبر مفارقته قبل القبض (لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه) أى قبض الوكيل بدل الصرف (وان كان لا يتعلق به الحقوق) أى وان كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد

فان فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض) قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير كالصارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل

(قال المصنف فان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره) أقول لان الحقوق ترجع اليه فيكون الطعام دينا فى ذمته كما أن الثمن يكون دينا فى ذمة الوكيل بالشراء فليتامل فانا لا نسلم أن الثمن دين فى ذمة الوكيل

(قوله ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم) أى يصح التوكيل من رب السلم ولا يصح من المسلم اليه نقال اسلم فى كذا أى اشتر بالسلم وانما لم يصح توكيل المسلم اليه لانه لو صح التوكيل يجب أن يكون بيع الوكيل طعاما فى ذمة نفسه على ان يكون الثمن لموكله وهو المسلم اليه وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه من الاعيان على ان الثمن لغيره لا يجوز وكذلك فى الديون (قوله فان فارق الوكيل صاحبه) أى فى الصرف والسلم قبل أن يقبض المسلم اليه رأس المال (قوله فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق) أى يصح قبض

وهذامشكل فان الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل أولم يحضر ومفارقة الموكل غير معتبرة لانه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد (قوله بخلاف الرسول) متعلق بقوله فيصح قبضه ووقع فى بعض النسخ بخلاف الرسولين أى الرسول فى باب الصرف والرسول

كالصبى والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة فى العقد لا فى القبض و ينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح

(كالصبى والعبد المحجور عليه) لان القبض فى الصرف من تتمة العقد فيصح ممن يصدر عنه العقد أقول لو قال المصنف فى أثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه والقبض منه لكان أولى وأليق اذ لا يخفى أن المدعى ههنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الوكيل عام لبابى الصرف والسلم كما أن قوله فيما قبله فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما والدليل الذى ذكره ههنا خاص بباب الصرف لان التوكيل فى باب السلم انما يصح من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كما مر والوكيل من جانب رب السلم ليس بقابض البدل بل هو المقبوض منه فلم يتناوله قوله والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى بخلاف ما لو قال مثل ما ذكرنا فتدبر (بخلاف الرسول) متعلق بقوله فيصح قبضه ومعناه أن الرسول اذا قبض لا يصح قبضه فلا يتم العقد به وفى بعض النسخ بخلاف الرسولين أى الرسول فى باب الصرف والرسول فى باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين فى الصرف والرسول من الجانبين فى السلم أى من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك لا يجوز الرسالة من جانبه كذا فى الشروح (لان الرسالة فى العقد لا فى القبض) وذلك لان الكلام ههنا فى مخالفة الرسول فى العقد للوكيل فى العقد فى بابى الصرف والسلم ورسالة الرسول فى العقد انما تثبت فى العقد لا فى القبض لان القبض خارج عن العقد فلا يدخل تحت الرسالة فيه هذا وقال صاحب العناية فى توضيح قوله لان الرسالة فى العقد لا فى القبض والا لكان افتراق بلا قبض وفصل بعض الفضلاء مراده بان قال فان ذلك انما يكون اذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله اذ لا معنى للارسال قبل المفارقة انتهى أقول فيه بحث لان هذا انما يفيد أن لا تكون الرسالة فى القبض فقط لا أن لا تكون فى العقد والقبض معا و بدون دفع هذا الاحتمال أيضا لا يتم المطلوب ههنا كما لا يخفى تأمل (و ينتقل كلامه الى المرسل) أى و ينتقل كلام الرسول فى العقد الى المرسل (فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح) أى لم يصح قبض الرسول فلم يتم العقد به أقول ههنا اشكال وهو أن الرسالة فى السلم انما تجوز من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كالوكالة فيه على ما صرحوا به فالمراد بالرسول فى باب السلم هو الرسول من جانب رب السلم فقط ولا شك أن وظيفة رب السلم هى العقد وتسليم رأس المال لا قبضه الذى هو من شرط عقد السلم وانما القبض وظيفة المسلم اليه فلا يتم الكلام بالنظر الى

الوكيل سواء تعلق به الحقوق كالبالغ والعبد المأذون أو لم تتعلق الحقوق كالصبى والعبد المحجور عليه وهذا دفع سؤال وهو أن الصبى المحجور والعبد المحجور اذا توكلا من آخر يصح ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلم بل يرجع على موكلهما فكيف يتعلق ههنا بالصبى المحجور والعبد المحجور حتى بطل الصرف والسلم بمفارقتهما قبل قبض البدل دون مفارقة موكلهما * فاجاب ان قبض الصبى المحجور والعبد المحجور صحيح وان كان لا يلزمهما فدار ههنا شرط جواز بيع الصرف والسلم الذى هو القبض بالصحة لا باللزوم وفى باب الوكالة فى الصرف والسلم من المبسوط وفى حكم التقابض المعتبر بقاء المتعاقدين فى المجلس وغيبة الموكل لا تضر وهذا غير مشكل فيما اذا كان الوكيل ممن يتعلق به حقوق العقد لانه بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك اذا كان ممن لا يتعلق به حقوق العقد لان قبضه وتسليمه صحيح وان كان لا تتوجه عليه المطالبة ففى حكم صحة التقابض هو بمنزلة وكيل يتعلق به حقوق العقد (قوله بخلاف الرسولين) أى فى الصرف والسلم لان الرسالة حصلت فى العقد لا فى القبض وكلام الرسول ينتقل

فى باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين فى الصرف والرسول من الجانبين فى السلم أى من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك الرسول ومعناه أن الرسول اذا قبض لا يصح العقد بقبضه (لان الرسالة فى العقد لا فى القبض) والا لكان افتراق بلا قبض واذا

(قوله وهو مشكل فان الوكيل أصيل فى باب البيع الخ) أقول وهذا الاشكال توارد على الزيلعى أيضا ونص عبارته قال فى النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضرا فى مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وعزاه الى خواهر زاده وهذا مشكل فان الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل أو لم يحضر ثم ذكر فيه بعده باسطر فقال المعتبر بقاء المتعاقدين فى المجلس وغيبة الموكل لا تضره وعزاه الى وكالة المبسوط واطلاقه واطلاق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا وان كان حاضرا انتهى وعليك بالتأمل (قوله لانه كما لا يجوز الى قوله فكذلك الرسول) أقول لعموم الدليل انفى الرسالة أيضا كما يفهم من قوله لا طلاق ما يدل على بطلانه فليتامل والمراد من الدليل فى قولنا لعموم الدليل الخ قوله ما ثبت ضرورة أو على خلاف القياس لا يتعدى (قوله والا لكان افتراق الخ) قال

قال (واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل) لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا فى الثمن يتحالفان و يرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت راجعة اليه وقد علمه الموكل يكون راضيا بدفعه من ماله (فان هلك المبيع فى يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده

الرسول فى باب السلم كما لا يخفى ثم ان هذا الاشكال ظاهر على نسخة بخلاف الرسولين وهى نسخة أطبق عليها الشراح حتى ان صاحبى النهاية والكفاية شرحا هذه النسخة ولم يذكرا النسخة الاخرى أصلا وصاحب غاية البيان جعلها أصلا وذكر الاخرى نسخة وفسر كلهم الرسولين بالرسول فى الصرف والرسول فى السلم وأما على نسخة بخلاف الرسول فكذلك ان جعل الرسول عاما للرسول فى الصرف والرسول فى السلم كما ذهب اليه كثير من الشراح حيث فسروا الرسول بالرسول فى الصرف والرسول فى السلم وكما أفصح عنه صاحب الكافى حيث قال بخلاف الرسول أى فى الصرف والسلم انتهى وأما اذا جعل مخصوصا بالرسول فى الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول مطابقا لمتعلقه وهو قوله فيصح قبضه فان المعنى هنالك فيصح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به أكثر الشراح فيرتفع الاشكال (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع) لم يكن متبرعا (فله أن يرجع به) أى بالثمن (على الموكل لانه انعقدت بينهما) أى بين الوكيل والموكل (مبادلة حكمية) أى بيع حكمى فصار الوكيل كالبائع من الموكل قال صاحب غاية البيان فى تعليل هذا لان الملك ينتقل الى الوكيل أولا ثم ينتقل منه الى الموكل انتهى أقول هذا شرح لكلام المصنف بما لا يرتضيه صاحبه لان انتقال الملك أولا الى الوكيل ثم الى الموكل طريقة الكرخى والمصنف قد اختار فيما مر طريقة أبى طاهر وقال هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخى كما صرح به الشراح قاطبة هنالك ومنهم هذا الشارح وطريقة أبى طاهر ثبوت الملك ابتداء للموكل لكن خلافة عن الوكيل على ما مر تفصيله فالوجه أن يحمل مراد المصنف هنا أيضا على ذلك فان الملك وان ثبت للموكل ابتداء على طريقة أبى طاهر الا انه يثبت له خلافة عن الوكيل لا أصالة كما ذهب اليه الشافعى ولا يخفى أن هذا القدر كاف فى انعقاد المبادلة الحكمية بينهما وان لم يكن كافيا فى المبادلة الحقيقية (ولهذا) أى ولانعقاد المبادلة الحكمية بينهما (اذا اختلفا فى الثمن يتحالفان) والتحالف من خواص المبادلة (و يرد الموكل بالعيب على الوكيل) أى واذا وجد الموكل عيبا بالمشترى رده على الوكيل وهذا أيضا من خصائص المبادلة لا يقال ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها لانا نقول هذا دليل انى لا دليل لمى فلا ينافى الفرعية تأمل (وقد سلم المشترى للموكل) أى والحال انه قد سلم المشترى للموكل (من جهة الوكيل فيرجع عليه) أى فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن والحاصل أنه لما كان الموكل كالمشترى من الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعا (ولان الحقوق) دليل آخر (لما كانت اليه) أى لما كانت راجعة الى الوكيل (وقد علمه الموكل) أى علم رجوعها اليه (فيكون) أى الموكل (راضيا بدفعه) أى بدفع الثمن (من ماله) أى من مال الموكل وتحقيقه أن التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير أمر الموكل والامر ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم أن الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها دفع الثمن علم انه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع فكان راضيا بذلك آمرا به دلالة (فان هلك المبيع فى يده) أى فى يد الوكيل (قبل حبسه) أى قبل حبس الوكيل المبيع (هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) أى لم يسقط عن الموكل هذا لفظ القدورى يعنى أن هلاك المبيع فى يد الوكيل قبل حبسه اياه لا يسقط الرجوع على الموكل (لان يده) أى يد الوكيل (كيد الموكل فاذا لم يحبسه) أى الوكيل (يصير الموكل قابضا بيده) أى بيد الوكيل فالهلاك فى يد الوكيل كالهلاك

الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد

كانت فيه ينتقل كلامه الى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال (واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله) اذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله أن يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية أى صار الوكيل كالبائع من المشترى لثبوت أمارتها فانهما اذا اختلفا فى مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا بالمشترى رده على الوكيل وذلك من خواص المبادلة فان قيل ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه قلنا الفرع المختص باصل وجوده يدل على وجود أصله فلا امتناع فى كونه دليلا وانما الممتنع كونه علة لاصله واذا كان الموكل كالمشترى من الوكيل وقد سلم له المشترى من جهته يرجع عليه (قوله ولان الحقوق) دليل آخر

أقول فان ذلك انما يكون اذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله اذ لا معنى للارسال قبل المفارقة (قوله أى صار الوكيل كالبائع من المشترى) أقول الظاهر أن يقال كالبائع من الموكل

(وله أن يحبسه حتى يستوفى الثمن) لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه فى الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه (فان حبسه فهلك كان مضمونا

فى يد الموكل فلا يسقط الرجوع (وله) أى للوكيل (أن يحبسه) أى يحبس المبيع عن الموكل (حتى يستوفى الثمن) سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع أولم يدفع كذا فى الشروح نقلا عن المبسوط قال فى الذخيرة لم يذكر محمد فى شئ من الكتب أن الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل الى أن يستوفى الدراهم منه وحكى عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلوانى أن له ذلك وأنه صحيح لان حق الحبس للوكيل فى موضع نقد الثمن لاجل بيع حكمى انعقد بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى وقال صاحب غاية البيان قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفى عليه هذا وقد صرح محمد فى الاصل فى باب الوكالة فى الشراء فقال واذا وكل الرجل رجلا أن يشترى له عبدا بألف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه فطلب الآمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الوكيل أن يدفعه فللوكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفى الثمن فى قول أبى حنيفة وان كان الوكيل نقد الثمن أولم ينقد فهو سواء الى هنا لفظ محمد فى الاصل انتهى قال المصنف (لما بينا أنه) أى الوكيل (بمنزلة البائع من الموكل) أشار به الى قوله لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وللبائع حق حبس المبيع عن المشترى بقبض الثمن فكذا الوكيل وهذا لا يفصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع أولا (وقال زفر ليس له ذلك) أى ليس للوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن (لان الموكل صار قابضا بيده) أى بيد الوكيل يعنى أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل ان هلاكه فى يد الوكيل كهلاكه فى يد الموكل (فكأنه سلمه اليه) أى فكأن الوكيل سلم المبيع الى الموكل (فيسقط حق الحبس) تشريحه أن يد الوكيل يد الموكل حكما فلو وقع فى يد الموكل حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس وكذا اذا وقع فى يده حكما (قلنا) لنا طريقان فى الجواب عنه مدار أحدهما تسليم أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل ومدار الآخر منع ذلك فأشار الى الاول بقوله (هذا) أى هذا القبض (مما لا يمكن التحرز عنه) يعنى سلمنا أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل لكن هذا القبض مما لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس مالم يقبض ولا يمكنه أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا ومالا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل فى الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له الى التحرز عنه واذا كان كذلك (فلا يكون راضيا بسقوط حقه فى الحبس) وأشار الى الطريق الثانى بقوله (على أن قبضه موقوف) يعنى على أنا لا نسلم أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بل قبض الوكيل فى الابتداء موقوف أى متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وأن يكون لاحياء حق نفسه وانما يتبين أحدهما عن الآخر بحبسه (فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه) يعنى ان لم يحبسه عن الموكل عرفنا أنه كان عاملا للموكل فيقع له وان حبسه عنه عرفنا أنه كان عاملا لنفسه وأن الموكل لم يصر قابضا بقبضه (فان حبسه) أى حبس الوكيل المبيع (فهلك) أى المبيع (كان مضمونا

(قوله وله ان يحبس حتى يستوفى الثمن لما بينا) أى سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع أولم يدفع كذا فى المبسوط وفى الذخيرة ولم يذكر قول محمد رحمه الله فى شئ من الكتب ان الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل حتى يستوفى الثمن منه * حكى عن الشيخ شمس الائمة الحلوانى ان له ذلك وانه صحيح لان حق الحبس للوكيل فى موضع نقد الدراهم ليس لاجل ما نقد بل لاجل بيع حكمى انعقد بين الوكيل و بين الموكل وهذا المعنى لا يختلف بين ما نقد الوكيل أولم ينقد (قوله قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه) يعنى القبض للوكيل على وجه يصير الموكل به قابضا مما لا يمكن التحرز عنه للوكيل ومالا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا فكان فى حكم العدم فلم يكن دليل

وتحقيقه أن التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير اذن الموكل والاذن ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم أن الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم أنه مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضيا بذلك آمرا به دلالة وهلاك المبيع فى يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط الرجوع لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس صار الموكل قابضا بيد الوكيل فالهلاك فى يد الوكيل كالهلاك فى يد الموكل فلا يبطل الرجوع وللوكيل أن يحبسه حتى يستوفى الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل وللبائع حق حبس المبيع لقبض الثمن وعلى هذا لا فصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع أولا وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كأنه سلمه اليه

(قوله وتحقيقه ان التبرع الى قوله ههنا دلالة) أقول الاظهر تبديل الآذن بالآمر ألا يرى الى قوله آمرا به

والحبس فى السلم غير متصور وانما فى ذلك طريقان أحدهما أن يقال التسليم الاختيارى يسقط حق الحبس لان المبادلة تقتضى الرضا وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضرورىا لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس مالم يقبض ولا يمكن أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط حق الحبس والثانى أن يقال ان قبض الوكيل فى الابتداء متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حقه وانما يتبين أحدهما بحبسه فكان الامر فيه موقوفا فى الابتداء ان لم يحبسه عنه عرفنا أنه كان عاملا للموكل وان حبسه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبى يوسف يعتبر الاقل (٣٧) من قيمته ومن الثمن فاذا كان الثمن

ضمان الرهن عند أبى يوسف وضمان المبيع عند محمد) وهو قول أبى حنيفة رحمه الله وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع بغير حق لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه

ضمان الرهن عند أبى يوسف) يعنى يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة (وضمان المبيع عند محمد) يعنى يسقط به الثمن قليلا كان أو كثيرا وهذا الذى ذكره القدورى فى مختصره ولم يذكر فيه قول أبى حنيفة كما لم يذكر فى المختلف والحصر وغير ذلك ولكن قال الشيخ أبو نصر البغدادى ذكر فى الجامع قول أبى حنيفة مثل قول محمد فلذلك قال المصنف (وهو) أى قول محمد (قول أبى حنيفة) ولم يقل رأسا وضمان المبيع عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله على ما هو اللائق المعتاد فيما اذا اتحد قولهما (وضمان الغصب عند زفر) يعنى يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت قال فى العناية فلا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر ويرجع الموكل على الوكيل اذا كانت قيمته أكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكر فى أكثر الشروح وقال الشارح تاج الشريعة فيرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته أكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكر صدر الشريعة فى شرح الوقاية وهو الظاهر عندى على قول زفر تأمل تفهم (لانه) أى الحبس (منع بغير حق) لما مر أن قبض الوكيل قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا (لهما) أى لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله (أنه) أى الوكيل (بمنزلة البائع منه) أى من الموكل كما تقدم (فكان حبسه لاستيفاء الثمن) اذ للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن (فيسقط) أى الثمن (بهلاكه) أى بهلاك المبيع واعترض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أولم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس وأجيب بأنه اذا حبس تعين أنه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان وأما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فاشبه الرسول فهلك عنده أمانة كذا فى العناية أقول لقائل أن يقول كما انه يشبه الرسول يشبه البائع أيضا لانعقاد المبادلة الحكمية بينهما كما مر فان لم تجعل جهة مشابهته بالبائع ساقطة عن حيز الاعتبار فيما اذا لم يحبس المبيع لم يظهر وجه عدم الضمان فى هذه الصورة كما لا يخفى وان جعلت تلك الجهة ساقطة عن حيز

فلزم الضمان وأما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فاشبه الرسول فهلك عنده أمانة

سقوط حقه فى الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق عنه الرضا فيما لا طريق له الى التحرز عنه وانما جعل يد الوكيل يد الموكل حكما فى هلاك المبيع حتى هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن عنه لا فى حق عدم ولاية الحبس له بالثمن (قوله مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن) أى بعد ان لم يكن مضمونا فيكون فى معنى المرهون بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البائع أولم يحبس توضيحه انه يحبسه ليستوفى ما أدى عنه من الثمن والحبس لاستيفاء حكم الرهن وهما يقولان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى بدليل جريان التحالف والدليل على ان هذا ليس نظير الرهن ان هذا الحبس يثبت فى النصف الشائع فيما يحتمل القسمة والحبس بحكم الرهن لا يثبت فى الجزء الشائع فيما يحتمل القسمة انما يثبت ذلك بحكم البيع (قوله ضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع بغير حق

خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد وهو قول أبى حنيفة يسقط الثمن به قليلا كان أو كثيرا وضمان الغصب عند زفر يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت ولا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر و يرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته أكثر زفر يقول منعه حقه بغير حق لما ذكرنا أن قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا (ولهما) أى لابى حنيفة ومحمد (أن الوكيل بمنزلة البائع من الموكل) كما تقدم والبائع حبسه انما هو لاستيفاء الثمن فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أولم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس وأجيب بانه اذا حبس تعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان وأما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فاشبه الرسول فهلك عنده أمانة

(قوله والحبس فى السلم غير متصور) أقول يعنى غير متصور شرعا (قوله لان المبادلة تقتضى الرضا الخ) أقول فيه تأمل (قوله والثانى أن يقال الخ) أقول جواب بمنع قوله لان الموكل صار قابضا بيده كما أن الاول جواب بعد تسليمه (قوله ولا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر) أقول مخالف لشرح الوقاية لصدر الشريعة قال فيه وان كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة فيطالب الخمسة من الموكل انتهى أراد بقوله بالعكس أن تكون القيمة عشرة والثمن خمسة عشر (قوله وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا) أقول الاظهر أن يقال فصار غاصبا

ولابى يوسف أنه مضمون (بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن) لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك فهو معنى الرهن لا معنى البيع فان المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا الاثبات مدعاه وقوله (بخلاف المبيع) لنفى قولهما يعنى أن المشترى ليس كالمبيع ههنا لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ أصل البيع يعنى الذى بين الوكيل وبائعه وأجاب المصنف بقوله قلنا ينفسخ فى حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ فى حق البائع ومثله لا يمتنع كما لو وجد الموكل عيبا بالمشترى فرده ورضى

ولابى يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ أصل العقد قلنا ينفسخ فى حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضى الوكيل به (قال واذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل

الاعتبار فى هذه الصورة فمع عدم ظهور علة الاسقاط فيها يلزم أن لا يتمشى فيهما ماذكر فيما سبق من تعليل مسئلة رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على الموكل فيما اذا دفعه من ماله وقبض المبيع بانعقاد المبادلة الحكمية بينهما مع أن تلك المسئلة شاملة لصورتى الحبس وعدم الحبس وعلتها انعقاد المبادلة الحكمية بينهما فتأمل (ولابى يوسف أنه) أى الهالك (مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن) أى بعد ان لم يكن مضمونا لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك فهو بمعنى الرهن أشار اليه بقوله (وهو الرهن بعينه) يعنى هو بمعنى الرهن وهذا الاثبات مدعاه وقوله (بخلاف المبيع) لنفى قولهما يعنى أن المشترى المحبوس ههنا ليس كالمبيع (لان البيع ينفسخ بهلاكه) أى بهلاك المبيع (وههنا لا ينفسخ أصل العقد) يعنى الذى بين الوكيل وبائعه وأجاب المصنف عنه بقوله (قلنا ينفسخ) أى العقد (فى حق الموكل والوكيل) وان لم ينفسخ فى حق البائع والوكيل ومثله لا يمتنع (كما اذا رده الموكل بعيب) أى اذا وجد الموكل عيبا بالمشترى فرده الى الوكيل (ورضى الوكيل به) فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل وان لم ينفسخ بينه وبين بائعه قال صاحب غاية البيان وهذه مغالطة على أبى يوسف لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض فى يد البائع وبين هلاكه فى يد الوكيل بعد الحبس ففى الاول ينفسخ البيع وفى الثانى لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الاصل اذا هلك فى يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك وأنه كما ترى فاسد لانه اذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد بائع ليس بوكيل فاستويا فى وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تأملت وجدت ما ذكر من جانب أبى يوسف غلطا أو مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد بين المشترى وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما يعنى غلطا أو مغالطة (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم) أى اذا كانت عشرة أرطال من ذلك اللحم يساوى قيمته درهما وانما قيد به لانه اذا كانت عشرة أرطال منه لا تساوى درهما نفذ الكل على الوكيل بالاجماع كذا فى الذخيرة وسيأتى فى الكتاب (لزم الموكل

وصورة ظهور هذه الاختلافات اذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة يرجع الوكيل بخمسة على الموكل عند من يقول بضمان الغصب ولا يرجع احدهما على الآخر عند من يقول بضمان الرهن والمبيع ولو كان الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة عند من يقول بضمان الغصب ويسقط الثمن كله ولا يجب شئ عند من يقول بضمان المبيع أو الرهن كما اذا رده الموكل بعيب أى الى الوكيل ورضى الوكيل به فانه يصير للوكيل ولا ينفسخ بين البائع والوكيل (قوله لزم الموكل منه

به الوكيل فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل قيل وهذا مغالطة على أبى يوسف لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض فى يد البائع وبين هلاكه فى يد الوكيل بعد الحبس ففى الاول ينفسخ البيع وفى الثانى لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الاصل اذا هلك فى يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع وانه كما ترى فاسد لانه اذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد بائع ليس بوكيل فاستويا فى وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تأملت حق التأمل وجدت ماذكر من جانب أبى يوسف غلطا أو مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد بين المشترى وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما قال (واذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم الخ) وكل رجلا بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم فاما أن يكون ذلك اللحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم أو مما يباع منه عشرون رطلا بدرهم فان كان الاول لزم الموكل منه

(قوله لنفى قولهما) أقول يعنى صريحا (قوله يعنى ان المشترى) أقول أى المشترى المحبوس كما يدل عليه كلام الاتقانى (قوله فرده ورضى به) أقول يعنى رده على الوكيل (قوله فى يد الوكيل بعد الحبس) أقول وكذلك لا ينفسخ اذا هلك قبل الحبس فلا يكون كالمبيع مطلقا

منه عشرة بنصف درهم عند أبى حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر فى بعض نسخ القدورى قول محمد مع أبى حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف فى الاصل أى فى وكالة المبسوط فى آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقى للمأمور ولابى يوسف أن الموكل أمر الوكيل بصرف الدرهم فى اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال والوكيل لم يخالفه فيما أمره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع وليس على الوكيل من ذلك شئ لاسيما اذا زاد خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبد بالف فباعه بالفين ولابى حنيفة انه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة فظن أن ذلك المقدار يساوى درهما وقد خالفه فيما أمره به فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمأمور به وفيه بحث من وجهين الاول يجب أن لا يلزم الآمر شئ من ذلك لان العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول أبى حنيفة كما اذا قال لرجل طلق امرأتى واحدة فطلقها ثلاثا لا تقع واحدة لثبوتها فى ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما فى ضمنه أيضا تبعا له والثانى أنه اذا أمره أن يشترى له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوى عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز البيع فى كل واحد منهما يعنى لا يلزم الآمر منهما شئ والمسئلة كالمسئلة حذو القذة بالقذة وأجاب عن الاول الامام حميد الدين بان فى مسئلة الطلاق وقوع الواحدة ضمنى وما هو كذلك لا يقع الا فى ضمن ما تضمنه وما تضمنه لم يصح لعدم الامر به فكذا ما فى ضمنه وأما فيما نحن فيه فكل قصدى لان أجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع فلا يتحقق الضمن فى الشراء وعن الثانى صاحب النهاية بجعل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت فى قيمتها اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه وحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أى عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فالثوبان وان تساويا فى القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا أشار فى التتمة فقال لانى لا أدرى أيهما أعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن وهذا لا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط وأما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوى فى القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان فى تطرق الخلل فى احتمال التساوى كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة ورقعة وأجله كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم

منه عشرة بنصف درهم عند أبى حنيفة وقالا يلزمه العشرون بدرهم) وذكر فى بعض النسخ قول محمد مع قول أبى حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف فى الاصل لابى يوسف أنه أمره بصرف الدرهم فى اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين

منه عشرة بنصف درهم عند أبى حنيفة وقالا يلزمه العشرون بدرهم) الى هنا لفظ القدورى قال المصنف (وذكر فى بعض النسخ) أى فى بعض نسخ مختصر القدورى (قول محمد مع قول أبى حنيفة) وقال المصنف (ومحمد لم يذكر الخلاف فى الاصل) أى فى المبسوط فانه قال فى آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه واذا وكله أن يشترى له عشرة أرطال لحم بدرهم لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم والباقى للمأمور ولانه أمره بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله أمره فكان مشتريا لنفسه وفى القدر الذى يتناوله أمره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمى له فكان مشتريا للآمر الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر الخلاف كما ترى (لابى يوسف انه أمره) أى ان الموكل أمر الوكيل (بصرف الدرهم فى اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا) يعنى ان الوكيل لم يخالف الموكل فيما أمره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع وليس على الوكيل من ذلك شئ سيما اذا زاده خيرا (وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين) حيث جاز

عشرة بنصف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله) فان قيل ينبغى ان لا يلزم الآمر عشرة بنصف درهم عنده لان هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وهو قد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قوله كما اذا قال لرجل طلق امرأتى واحدة فطلقها ثلاثا لا تقع واحدة لثبوتها فى ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما فى ضمنه أيضا تبعا له قلنا ذلك مسلم فى الطلاق لان المتضمن لم يثبت اصلا لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لعدم شرطه لان المرأة امرأة الموكل لا امرأة الوكيل واما ههنا اذا لم يثبت الشراء من الموكل يثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما فى سائر الصور التى خالف الوكيل بالشراء فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما فى ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم وهو مخالفة الى خير فلا تكون مخالفة فينفذ على الموكل (قوله وذكر فى بعض النسخ) أى بعض نسخ القدورى ومحمد رحمه الله لم يذكر الخلاف فى الاصل أى فى المبسوط

(قوله ولابى حنيفة انه أمره بشراء عشرة أرطال الخ) أقول يعنى لا نسلم انه أمره بصرف الدراهم الى اللحم فان الشراء جالب للملك فالتوكيل لجلب عشرة أرطال لا لسلب الدرهم الا أنه ظن ان ذلك المقدار يساوى درهما (قوله لم يثبت لعدم التوكيل الخ) أقول لم يثبت على الموكل أو مطلقا الثانى ممنوع والاول لا ينفعه (قوله وأجاب عن الاول الامام حميد الدين الخ) أقول ويجاب أيضا بان العشرين هنا ثبتت والعشرة داخلة فيه بخلاف الطلاق فانه لا ينفذ على الوكيل لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الامر والموافقة شرط فيه فليتأمل

ولابي حنيفة انه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل

ذلك فكذا هذا (ولابي حنيفة انه أمره بشراء عشرة) أى بشراء عشرة أرطال لحم (ولم يامره بشراء الزيادة) وظن أن ذلك المقدار يساوى درهما وقد خالفه فيما أمره به (فينفذ شراؤها) أى شراء الزيادة (عليه) أى على الوكيل لكونه غير مامور به (وشراء العشرة على الموكل) أى وينفذ شراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمأمور به فان قيل ينبغى أن لا يلزم الآمر عنده عشرة بنصف درهم أيضا لان هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قوله كما اذا قال لرجل طلق امرأتى واحدة فطلقها ثلاثا لا يقع عنده الواحدة لثبوتها فى ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما فى ضمنه أيضا تبعا له قلنا ذاك مسلم فى الطلاق لان المتضمن لم يثبت هناك لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لان المرأة مرأة الموكل لا مرأة الوكيل وأما ههنا اذا لم يثبت الشراء من الموكل ثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما فى سائر الصور التى خالف الوكيل بالشراء فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما فى ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو مخالفة الى خير فينفذ على الموكل ولان الثمن يتوزع على أجزاء المبيع فحينئذ كان الكل مقصودا فلا يتحقق الضمن فى الشراء كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المحقق مولانا حميد الدين أقول الوجه الثانى من الجواب المذكور وهو قوله لان الثمن يتوزع الخ واضح لا غبار عليه وأما الوجه الاول منه فمشكل لا يعقل اذ بعد الاعتراف بان الشراء فى المتضمن وهو العشرون يثبت من الوكيل دون الموكل فكيف يتم القول بان ما فى ضمنه وهو العشرة يثبت من الموكل ولا شك أن حكم ما فى ضمن الشئ يتبع حكم ذلك الشئ دائما فثبوت شراء العشرين من الوكيل نفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التى فى ضمنه منه أيضا فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل ونفاذ شراء العشرة التى فى ضمنه على الموكل كما لا يخفى فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر فى الذخيرة والتتمة محالا الى المنتقى وهو أنه اذا أمره أن يشترى له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوى عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز البيع فى واحد منهما وهنا أيضا حصل مقصود الآمر وزاده خيرا ومع ذلك لا ينفذ ما اشتراه على الآمر فى شئ منهما فكيف نفذ ههنا شراء العشرة على الموكل قلت يحتمل ان الفرق انما نشأ من حيث ان اللحم من ذوات الامثال كما اختاره صاحب المحيط لانه من الموزونات والاصل فى المكيلات والموزونات أن تكون من ذوات الامثال وهى لا تتفاوت فى القيمة اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه لان الكلام فيما اذا كان اللحم مما يباع عشرة أرطال منه بدرهم فحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أى عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم والثوبان وان كانا متساويين فى القيمة لكن ذلك انما يعرف بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا أشار فى التتمة فقال لانى لا أدرى أيهما أعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن كذا فى النهاية قال صاحب العناية بعد أن ذكر هذا الجواب ونسبه الى صاحب النهاية وهذا لا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وأما عند غيره فلابد من تعليل آخر ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوى فى القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان فى تطرق الخلل فى احتمال التساوى كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة ورقعة وأجله كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ماهو أقل منه

تحمله من تحمل ماهو أقل خلاد

حيث قال فى باب الوكالة بالبيع والشراء لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقى للمأمور ولانه امر بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله امره فكان مشتريا لنفسه وفى القدر الذى تناوله امره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمى له فكان مشتريا للآمر (قوله فينفذ شراؤها عليه) أى شراء

بخلاف

(قوله بخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بالف وبيعه بالفين بان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له ورد بان الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق وأقل ذلك أن الالف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك فى اللحم فيتلف وان كان الثانى كان المشترى للوكيل بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر تناول السمين والمشترى هزيل فلا يحصل مقصود الآمر قال (ولو وكله بشراء شئ بعينه الخ) ولو وكله بشراء شئ بعينه لا يصح له أن يشتريه لنفسه لانه يؤدى الى تغرير المسلم لانه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود فان اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة لا بد من بيان ما تحصل به المخالفة

(قوله والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا) أقول ذكر العدد يكون لمنع الزيادة والنقصان وذلك هو الاصل لان العدد خاص فى مدلوله على ما عرف فى الاصول وقد يكون لمنع النقصان وقد يكون لمنع الزيادة اذا دلت قرينة وفى صورة الوكيل ببيع العبد معلوم ان ذكر العدد لمنع النقصان فقط اذ لا يأبى أحد من

بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال (ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه) لانه يؤدى الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بحضر من الموكل

خلافا انتهى كلامه (بخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين (لان الزيادة هناك) أى فيما استشهد به (بدل ملك الموكل) ولا يجوز أن يستحقه الوكيل لا باذن الموكل ولا بغير اذنه ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على أن ثمنه لك لا يصح (فتكون له) أى فتكون الزيادة للموكل قال صاحب العناية ورد بان الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق وأقل ذلك أن الالف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك فى اللحم فيتلف انتهى كلامه أقول فى كل واحد من الرد والجواب شئ فتأمل (بخلاف ما اذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم) متعلق باصل المسئلة (حيث يصير) أى يصير الوكيل فى هذه الصورة (مشتريا لنفسه بالاجماع) لوجود المخالفة (لان الامر يتناول السمين وهذا) أى ما اشتراه (مهزول فلم يحصل مقصود الآمر) فلم يكن ذلك له (قال) أى القدورى فى مختصره (ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له) أى للوكيل (أن يشتريه لنفسه) أى لا يجوز حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه أو صرح بالشراء لنفسه بان قال اشهدوا أنى قد اشتريت لنفسى هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه كذا فى الشروح نقلا عن التتمة ووضع المسئلة فى العبد فى الذخيرة ثم قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه فمتى أتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل نوى أو لم ينو قال المصنف فى تعليل مسئلة الكتاب (لانه) أى لان الشراء لنفسه (يؤدى الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه) وذلك لا يجوز (ولان فيه) أى فى اشترائه لنفسه (عزل نفسه) عن الوكالة (ولا يملكه على ما قيل الا بحضر من الموكل) لانه فسخ عقد فلا يصح

الزيادة على الوكيل واشراء العشرة على الموكل وهذا بخلاف ما اذا أمره ان يشترى ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوى عشرة حيث لا ينفذ واحد منهما على الآمر عند أبي حنيفة رحمه الله لان اللحم من ذوات الامثال فى الصحيح فلا تفاوت اذا بين عشرة للآمر وبين عشرة للوكيل بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فلا يثبت المساواة بين الثوبين الا بالقيمة والقيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يتعين حق الموكل فى واحد منهما والى هذا اشار فى التتمة فى التعليل حيث قال لانى لا ادرى أيهما أعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن (قوله ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه) سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه أو صرح بالشراء لنفسه بان قال اشهدوا انى قد اشتريت لنفسى الا اذا خالف فى الثمن لا الى خير أو خالف الى جنس آخر غير الذى سماه الموكل هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان

 زيادة فى ماله وفى صورة التوكيل بشراء اللحم لا دليل يدل على اللحم على خلاف الاصل اذ الظاهر أن عشرة أرطال تكفى فى مقصوده وماله وهو نصف درهم يبقى له فيحمل عليه فليتأمل (قوله بخلاف اللحم) أقول بخصوص مثل اللحم مما يسرع اليه الفساد ولا يعم ما ليس كذلك من المثليات ثم يجوز أن يبيع بالف وقطعة لحم مثلا فانه يكون للموكل أيضا (قال المصنف ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه) أقول وما سيجيء من أن العزل الحكمي لا يتوقف على العلم فلا تعلق له بما نحن فيه اذ المراد هنالك أن العزل الحكمي من الموكل لا يتوقف على علم الوكيل

ولابي حنيفة انه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل

ذلك فكذا هذا (ولابي حنيفة انه أمره بشراء عشرة) أي بشراء عشرة أرطال لحم (ولم يامره بشراء الزيادة) وظن أن ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما أمره به (فينفذ شراؤها) أي شراء الزيادة (عليه) أي على الوكيل لكونه غير مامور به (وشراء العشرة على الموكل) أي وينفذ شراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمأمور به فان قيل ينبغي أن لا يلزم الآمر عنده عشرة بنصف درهم أيضا لان هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قوله كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا لا يقع عنده الواحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضا تبعا له قلنا ذلك مسلم في الطلاق لان المتضمن لم يثبت هنالك لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لان المرأة مرأة الموكل لا امرأة الوكيل وأما هنا اذا لم يثبت الشراء من الموكل ثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو مخالفة الى خير فينفذ على الموكل ولان الثمن يتوزع على أجزاء المبيع فحينئذ كان الكل مقصودا فلا يتحقق الضمن في الشراء كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المحقق مولانا حميد الدين أقول الوجه الثاني من الجواب المذكور وهو قوله لان الثمن يتوزع الخ واضح لا غبار عليه وأما الوجه الاول منه فمشكل لا يعقل اذ بعد الاعتراف بان الشراء في المتضمن وهو العشرون يثبت من الوكيل دون الموكل فكيف يتم القول بان ما في ضمنه وهو العشرة يثبت من الموكل ولا شك أن حكم ما في ضمن الشئ يتبع حكم ذلك الشئ دائما فثبوت شراء العشرين من الوكيل نفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التي في ضمنه منه أيضا فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل ونفاذ شراء العشرة التي في ضمنه على الموكل كما لا يخفى فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر في الذخيرة والتتمة محالا الى المنتقى وهو أنه اذا أمره أن يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما وهنا أيضا حصل مقصود الآمر وزاده خيرا ومع ذلك لا ينفذ ما اشتراه على الآمر في شئ منهما فكيف نفذ ههنا شراء العشرة على الموكل قلت يحتمل ان الفرق انما نشأ من حيث ان اللحم من ذوات الامثال كما اختاره صاحب المحيط لانه من الموزونات والاصل في المكيلات والموزونات أن تكون من ذوات الامثال وهي لا تتفاوت في القيمة اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكالامنا فيه لان الكلام فيما اذا كان اللحم مما يباع عشرة أرطال منه بدرهم فحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أي عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم والثوبان وان كانا متساويين في القيمة لكن ذلك انما يعرف بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا أشار في التتمة فقال لاني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن كذا في النهاية قال صاحب العناية بعد أن ذكر هذا الجواب ونسبه الى صاحب النهاية وهذا لا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وأما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة ورقعة وأجله كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو أقل منه

تحمله من تحمل ما هو أقل خلاف

حيث قال في باب الوكالة بالبيع والشراء لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور لانه امر بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله امره فكان مشتريا لنفسه وفي القدر الذي تناوله امره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمى له فكان مشتريا للآمر (قوله فينفذ شراؤها عليه) أي شراء

بخلاف

(قوله بخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بالف وبيعه بالفين بان الزيادة هنالك بدل ملك الموكل فتكون له ورد بان الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق وأقل ذلك أن الالف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف وان كان الثاني كان المشتري للوكيل بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر تناول السمين والمشترى هزيل فلا يحصل مقصود الآمر قال (ولو وكله بشراء شئ بعينه الخ) ولو وكله بشراء شئ بعينه لا يصح له أن يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير المسلم لانه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود فان اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان ما تحصل به المخالفة

بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هنالك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال (ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه) لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل

خلافا انتهى كلامه (بخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين (لان الزيادة هنالك) أي فيما استشهد به (بدل ملك الموكل) ولا يجوز أن يستحقه الوكيل لا باذن الموكل ولا بغير اذنه ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على أن ثمنه لك لا يصح (فتكون له) أي فتكون الزيادة للموكل قال صاحب العناية ورد بان الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق وأقل ذلك أن الالف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف انتهى كلامه أقول في كل واحد من الرد والجواب شئ فتأمل (بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم) متعلق باصل المسئلة (حيث يصير) أي يصير الوكيل في هذه الصورة (مشتريا لنفسه بالاجماع) لوجود المخالفة (لان الامر يتناول السمين وهذا) أي ما اشتراه (مهزول فلم يحصل مقصود الآمر) فلم يكن ذلك له (قال) أي القدوري في مختصره (ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له) أي للوكيل (أن يشتريه لنفسه) أي لا يجوز حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه أو صرح بالشراء لنفسه بان قال اشهدوا أني قد اشتريت لنفسي هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه كذا في الشروح نقلا عن التتمة ووضع المسئلة في العبد في الذخيرة ثم قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه حتى أتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل نوى أو لم ينو وقال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لانه) أي لان الشراء لنفسه (يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه) وذلك لا يجوز (ولان فيه) أي في اشترائه لنفسه (عزل نفسه) عن الوكالة (ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل) لانه فسخ عقد فلا يصح

الزيادة على الوكيل واشراء العشرة على الموكل وهذا بخلاف ما اذا أمره ان يشتري ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة حيث لا ينفذ واحد منهما على الآمر عند أبي حنيفة رحمه الله لان اللحم من ذوات الامثال في الصحيح فلا تفاوت اذا بين عشرة للآمر وبين عشرة للوكيل بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فلا يثبت المساواة بين الثوبين الا بالقيمة والقيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يتعين حق الموكل في واحد منهما والى هذا اشار في التتمة في التعليل حيث قال لاني لا ادري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن (قوله ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه) سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه أو صرح بالشراء لنفسه بان قال اشهدوا اني قد اشتريت لنفسي الا اذا خالف في الثمن لا الى خير أو خالف الى جنس آخر غير الذي سماه الموكل هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان

(قوله والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا) أقول ذكر العدد يكون لمنع الزيادة والنقصان وذلك هو الاصل لان العدد كالنص في مدلوله على ما عرف في الاصول وقد يكون لمنع النقصان وقد يكون لمنع الزيادة اذا دلت قرينة وفي صورة الوكيل ببيع العبد معلوم ان ذكر العدد لمنع النقصان فقط اذ لا يابى أحد من زيادة في ماله وفي صورة التوكيل بشراء اللحم لا دليل يدل على اللحم على خلاف الاصل

(٦ – (تكملة الفتح والكفاية) – سابع)

اذ الظاهر أن عشرة أرطال تكفي في مقصوده وماله وهو نصف درهم يبقى له فيحمل عليه فليتأمل (قوله بخلاف اللحم) أقول مخصوص بمثل اللحم مما يسرع اليه الفساد ولا يعم ما ليس كذلك من المثليات ثم يجوز أن يبيع بالف وقطعة لحم مثلا فانه يكون للموكل أيضا (قال المصنف ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه) أقول وما سيجئ من أن العزل الحكمي لا يتوقف على العلم فلا تعلق له بما نحن فيه اذ المراد هنالك أن العزل الحكمي من الموكل لا يتوقف على علم الوكيل

فاذا سمى الثمن فاشترى بخلاف جنسه أو لم يسم فاشترى بغير النقود أو وكل رجلا فاشترى وهو غائب يثبت الملك فى هذه الوجوه للوكيل لانه خالف الآمر فينفذ عليه أما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر وكذا اذا اشترى بغير النقود لان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وكذا اذا وكل وكيلا لانه مامور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك فى حال غيبته قيل ما الفرق بين هذا و بين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا أنكحها من نفسه بمثل المهر المامور به فانه يقع عن الوكيل لا عن الموكل مع أنه لم يخالف فى المهر المامور به وأجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل والموجود منه ليس بمضاف اليه حيث أنكحها من نفسه فان الانكاح من نفسه هو أن يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف الى الموكل لامحالة فكانت المخالفة موجودة فوقع عن الوكيل واذا عرف ما به المخالفة فما عداه موافقة مثل أن يشترى بالمسمى من الثمن أو بالنقود فيما اذا لم يسم أو اذا اشترى الوكيل الثانى بحضرة الوكيل فينفذ على الموكل لانه اذا حضره رأيه لم يكن مخالفا قيل ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء أو النكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثانى بحضرة الاول أو فعل ذلك أجنبى فبلغ الوكيل فاجازه جاز و بين التوكيل بالطلاق والعتاق فان الوكيل الثانى اذا طلق أو أعتق بحضرة الاول لا يقع والرواية فى الذخيرة والتتمة وأجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لان التوكيل تفويض الرأى الى الوكيل وتفويض الرأى الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأى ولا حاجة فيهما اذا انفرد عن مال الى الرأى فجعلناها مجازا للرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول فلو ينقل عبارة المرسل فكان المامور مامورا بنقل عبارة الآمر لا بشئ آخر وتوكيل الآخر أو الاجازة ليس من النقل فى شئ فلم يملكه الوكيل وأما فى البيع والشراء وغيرهما فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن لانها يحتاج فيها الى الرأى فاعتبر المامور وكيلا والمامور به حضور رأيه وقد

بدون علم صاحبه كسائر العقود كذا فى العناية وغاية البيان أقول يرد عليه أن العلم بالعزل فى باب الوكالة يحصل باسباب متعددة منها حضور صاحبه ومنها بعث الكتاب و وصوله اليه ومنها ارسال الرسول اليه وتبليغه الرسالة اياه ومنها اخبار واحد عدل أو اثنين غير عدلين بالاجماع واخبار واحد عدلا كان أو غيره عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وقد صرح بها فى عامة المعتبرات سيما فى البدائع فاشتراط علم الآخر فى صحة فسخ أحد المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضى أن لا يملك الوكيل عزل نفسه الا بمحضر من الموكل لان انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الاسباب فلا يتم التقريب اللهم الا أن يحمل وضع المسئلة على انتفاء أسباب العلم بالعزل أيضا لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب أصلا و يحتمل أن يكون السر فى اقحام المصنف قوله على ما قيل الايماء الى ذلك فتأمل واعلم أن صاحب البدائع قال فى بيان هذه المسئلة الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك أن يشترى به لنفسه واذا اشترى يقع الشراء للموكل لان شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بمحضر من الموكل كما لا يملك الموكل عزله الا بمحضر منه على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ثم قال فى موضعه وهو فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة ان الوكيل يخرج من الوكالة باشياء منها عزل الموكل اياه ونهيه بان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهى ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل بان العزل فسخ فلا يلزم حكمه الا بعد العلم بالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم ما فيه من العزل لان الكتاب من الغائب كالخطاب وكذلك لو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا أرسلنى اليك يقول انى عزلتك عن الوكالة فانه ينعزل كائنا من كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذى ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أى صفة كان وان لم يكتب كتابا ولا أرسل اليه رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل فى قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه اذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد العدل مقبول فى المعاملات وان لم يكن عدلا فخبر العدد أو العدل أولى وان أخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق الخبر فى قول أبى حنيفة وعندهما ينعزل اذا ظهر صدق الخبر وان كذبه الى هنا كلامه أقول لا يذهب عليك أن بين كلاميه المذكورين فى الموضعين تدافعا فان ما ذكره فى فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة صريح فى صحة عزل الموكل الوكيل بشرط علم الوكيل سواء عزله بمحضر منه أو عزله بغيبته منه ولكن علم العزل بسبب من أسباب شتى على ما فصله وما ذكره أولا من قوله كما لا يملك الموكل عزله الا بمحضر منه يدل على حصر صحة عزل الموكل للوكيل فى صورة ان عزله بمحضر منه كما ترى والعجب أنه أحال الاول على الثانى بقوله على ما نذكره فى موضعه قيل ما الفرق بين هذه المسئلة و بين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا نكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع أنه لم يخالف فى المهر المأمور به واجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل فان الوكيل بالنكاح لا بد أن يضيف النكاح الى موكله فيقول زوجتك لفلان والموجود فيما اذا نكحها من نفسه ليس بمضاف الى الموكل فان النكاح من نفسه هو أن يقول تزوجتك فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل بخلاف التوكيل بشراء شئ بعينه

حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه كذا فى التتمة و وضع المسئلة فى العبد فى الذخيرة ثم

(قوله لان المتعارف نقد البلد) اقول والمعروف عرفا كالمشروط شرطا

فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثانى وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول فى هذه الوجوه لانه خالف أمر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثانى بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا قال (وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل) قال هذه المسئلة على وجوه ان أضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر

فان الموكل به هنا شراء مطلق بمثل الثمن المأمور به لا شراء مضاف الى الموكل فاذا أتى بذلك يقع على الموكل (فلو كان الثمن مسمى) يعنى لو وكله بالشراء بثمن مسمى (فاشترى بخلاف جنسه) أى بخلاف جنس المسمى بان سمى دراهم مثلا فاشترى بدنانير (أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود) كالمكيل والموزون (أو وكل) أى الوكيل (وكيلا بشرائه فاشترى الثانى) أى فاشترى الوكيل الثانى وهو وكيل الوكيل (وهو غائب) أى والحال أن الوكيل الاول غائب (يثبت الملك للوكيل الاول فى هذه الوجوه) أى فى هذه الوجوه الثلاثة التى ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدورى يعنى انما لا يكون الشراء للوكيل فيما وكل بشراء شئ بعينه فاشتراه لنفسه اذا لم يوجد أحد هذه الوجوه الثلاثة أما اذا وجد فيكون الشراء للوكيل الاول (لانه) أى الوكيل الاول (خالف أمر الآمر) وهو الموكل أما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر وأما اذا اشترى بغير النقود فلان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وأما اذا وكل وكيلا بشرائه فلانه مامور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك حال غيبته (فنفذ) أى الشراء (عليه) أى على الوكيل الاول (ولو اشترى الثانى) أى الوكيل الثانى (بحضرة الوكيل الاول نفذ) أى الشراء (على الموكل الاول لانه حضره رأيه) أى رأى الوكيل الاول (فلم يكن مخالفا) أى لم يكن الوكيل الاول مخالفا لامر آمره وذلك لانه اذا كان حاضرا يصير كانه هو المباشر للعقد ألا ترى أن الاب اذا زوج ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بحضرتها جاز فيجعل كانها هى التى باشرت العقد وكان الاب مع ذلك الرجل شاهدين كذا فى المبسوط قيل ما الفرق بين الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثانى بحضرة الاول أو فعل ذلك أجنبى فبلغ الوكيل فاجازه يجوز و بين الوكيل بالطلاق والعتاق فانه لو وكل غيره فطلق أو أعتق الثانى لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول والرواية فى التتمة والذخيرة وأجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فى التوكيل بالطلاق والعتاق متعذر لان التوكيل تفويض الرأى الى الوكيل وتفويض الرأى الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأى ولا حاجة فيهما اذا انفردا عن مال الى الرأى فجعلنا الوكالة فيهما مجازا عن الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المأمور فيهما مامورا بنقل عبارة الآمر لا بشئ آخر وتوكيل الآخر أو الاجازة ليس من النقل فى شئ فلم يملكه الوكيل وأما فى البيع والشراء وغيرهما فالعمل بحقيقة الوكالة ممكن لانها مما يحتاج فيه الى الرأى فاعتبر المأمور وكيلا والمامور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو باجازته (قال) أى القدورى فى مختصره (وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل) الى هنا لفظ القدورى (قال) أى المصنف (هذه المسئلة على وجوه ان أضاف) أى الوكيل (العقد الى دراهم الآمر كان للآمر) هذا هو

قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من وجه فمتى أتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل نوى أو لم ينو وهذا بخلاف ما لو كان الموكل حاضرا واشهد انه اشترى لنفسه فانه يكون مشتريا لنفسه لانه عزل نفسه حال حضرة الموكل ولا كذلك حال غيبة الموكل (قوله فاشترى بغير النقود) كالمكيل والموزون (قوله لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا) وهذا بخلاف الوكيل بالطلاق فانه لو طلق الثانى بحضرة الاول لا يقع لان فعل الاول جعل بمنزلة الشرط لوقوع الطلاق فلا يقع بدونه ولا كذلك هنا لانه من قبيل الاثباتات فلا يكون قابلا للتعليق والمعنى فى المسئلة انه امكن له عزل نفسه بغيبة الموكل فى ضمن المخالفة

حضر بحضوره أو باجازته قال (وان وكله بشراء عبد بغير عينه الخ) اذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل وقوله وهذا محتمل يجوز أن يكون مراده النقد من مال الموكل وان تكون الاضافة اليه عند العقد وهو المراد عند المصنف وذلك لان هذه المسئلة على وجوه لانه اما أن يضيف العقد الى مال الموكل أو الى مال نفسه أو الى دراهم مطلقة

وهو المراد عندى بقوله أو يشترى بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق

الوجه الاول من وجوه هذه المسئلة وقال المصنف (وهو المراد عندى بقوله أو يشترى بمال الموكل دون النقد من ماله) يعنى أن المراد بقول القدورى أو يشترى بمال الموكل هو الاضافة عند العقد الى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير اضافة اليه (لان فيه) أى لان فى النقد من مال الموكل (تفصيلا) فانه بعد أن يشترى به بدراهم مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل (وخلافا) فانه اذا تصادقا على انه لم تحضره النية وقت الشراء فعلى قول محمد العقد للوكيل وعلى قول أبى يوسف يحكم النقد على ماسيجىء (وهذا بالاجماع) أى لو أضاف العقد الى دراهم الآمر يقع له بالاجماع (وهو مطلق) أى قوله أو يشترى به بمال الموكل مطلق لاتفصيل فيه فيحمل على الاضافة الى مال الموكل كذا قال جمهور الشراح فى شرح هذا المقام أقول فيه نظر لانهم حملوا التفصيل المذكور فى قول المصنف لان فيه تفصيلا على انه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان كان من دراهم الوكيل كان الشراء له وليس بصحيح لان ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لايخفى ومايصلح لترجيح كون المراد بقول القدورى أو يشتريه بمال الموكل الاضافة الى دراهم الموكل دون النقد من ماله انما هو وقوع التفصيل فى النقد من مال الموكل لاوقوعه فى النقد المطلق اذ لامساس له بكلام القدورى فان المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال ثم ان صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور فى شرح هذا المقام وزاد اخلالا حيث قال بعد أن ذكر وجوه هذه المسئلة واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل إلا معتبر للنقد انتهى فان قوله ولم ينو لنفسه قيد مفسد ههنا لانه اذا لم ينو لنفسه فان نوى للموكل لايعتبر النقد أصلا كما صرح به فلا يصح التفصيل الذى ذكره بقوله ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان لم ينو للموكل أيضا كان له صدق ذلك التفصيل على قول أبى يوسف رحمه الله فقط اذ على قول محمد يكون العقد حينئذ للوكيل كما سيجىء فكان ماذكره صاحب العناية مناسبا الشرح قول المصنف وخلافا لا الشرح قوله تفصيلا وأيضا انه بعد ماصرح بان التفصيل انما هو فى النقد من مال الموكل حيث قال ظهر لك أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا كيف يتيسر له بيان ذلك التفسير فى النقد المطلق بان قال ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له والحاصل أن الركاكة فى تقرير صاحب العناية أفحش وأقول الحق فى هذا المقام أن المصنف أراد بالتفصيل فى قوله لان فيه تفصيلا وخلافا صورتى التكاذب والتوافق وبالخلاف الخلاف الواقع فى صورتى التوافق فالمعنى أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا فانه اذا نقد من ماله فاذا تكاذبا فى النية يحكم النقد بالاجماع وان توافقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد هو للعاقد وعند أبى يوسف يحكم النقد أيضا وخلافا فانه اذا نقد من ماله وتوافقا على عدم النية لاحدهما فعند محمد هو للعاقد وعند أبى يوسف يحكم النقد بخلاف الاضافة الى دراهم الآمر فانه لاتفصيل ولاخلاف فيها فكان حمل كلام القدورى عليها أولى ثم أقول بقى لنا بحث فيما ذهب اليه المصنف ههنا وهو أن فيه اخلالا باصل المسئلة فان صورة ان أضاف العقد الى دراهم مطلقة وتكاذبا فى النية لاتكون داخلة حينئذ فى شئ من قسمى الاستثناء المذكور فى كلام القدورى فيلزم أن يكون العقد فى تلك الصورة للوكيل البتة بموجب مابقى فى الكلام بعد الاستثناء مع انه يحكم النقد فيها بالاجماع ففيما نقد من مال الموكل يصير العقد له قطعا وان صورة ان أضاف العقد الى دراهم مطلقة وتوافقا على انه لم تحضره النية لاتكون داخلة أيضا حينئذ فى شئ من قسمى الاستثناء المذكور فيلزم أن يكون العقد فيها أيضا للوكيل بموجب

لافى ضمن الموافقة (قوله دون النقد من ماله) أى المراد بقوله أو يشترى به بمال الموكل ان يضيف العقد

وان

(قوله لكونه غصبا الخ) أقول قوله لكونه غصبا الخ ممنوع وانما يكون غصبا اذا نقد وليس بلازم (قوله بوقوع الشراء لصاحب الدراهم) أقول قوله لصاحب متعلق بقوله بوقوع (قوله ويجوز أن يكون قوله حملا الخ) أقول حتى لايلزم الفصل بكلام أجنبى هو قوله أو يفعله الخ بين المعلل وهو قوله على مايحل له شرعا وتعليله وهو قوله اذ الشراء لنفسه الخ (قوله ويضيف الثمن الى غيره الخ) أقول الاظهر فى العبارة ويضيف الى دراهم غيره

فان كان الاول كان للآمر حملا لحال الوكيل على مايحل له شرعا اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا لكونه غصبا الدراهم الآمر وان كان الثانى كان للمأمور حملا لفعله على مايفعله الناس عادة لجريانها بوقوع الشراء لصاحب الدراهم ويجوز أن يكون قوله حملا لحاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثانى يعلم بالدلالة فانه كما لايحل له أن يشترى لنفسه و يضيف العقد الى غيره شرعا فكذا لايحل له أن يشترى لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لامحالة والاول أولى لان بالاول نصير غاصبا دون

الثانى فلاامتناع فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان نواها للآمر فهى له أو لنفسه فلنفسه لان له أن يعمل لنفسه ولغيره فى هذا التوكيل لانه توكيل لشئ بغير عينه وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسى وقال الموكل نويت لى حكم النقد بالاجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لانه دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على مايحل له شرعا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل أن يعمل كل أحد لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالاضافة الى ماله أو بالنية له والفرض عدمه وقال أبو يوسف يحكم النقد لان ماأوقعه مطلقا يحتمل الوجهين أن يكون له ولغيره فيكون موقوفا فمن أى المالين نقد تعين به أحد المحتملين ولان مع تصادقهما

وان أضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان أضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له أن يعمل لنفسه و يعمل للآمر فى هذا التوكيل

مابقى بعد الاستثناء مع أن فيه اخلالا كما سيأتى فيلزم حمل كلام القدورى على مافيه الخلاف ولم يقبله المصنف وبالجملة قد هرب المصنف فى حل كلام القدورى ههنا عن ورطة ووقع فى ورطة أخرى مثل الاولى بل أشد منها فما الفائدة فيه ولعل صاحب الكافى تفطن لذلك حيث زاد الاستثناء فى وضع المسئلة فقال ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل أو ينقد من ماله وقال فهذه المسئلة على وجوه ان أضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد بقوله أو يشتريه من مال الموكل الى آخره (وان أضافه الى دراهم نفسه) أى ان أضاف الوكيل العقد الى دراهم نفسه (كان) أى العقد (لنفسه) هذا هو الوجه الثانى من وجوه هذه المسئلة (حملا لحاله) أى حال الوكيل (على مايحل له شرعا) تعليل لقوله ان أضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر يعنى أنه اذا أضاف العقد الى دراهم الآمر ينبغى أن يقع للآمر لانه لو لم يقع للآمر لكان واقعا للوكيل فلو وقع له كان غاصبا الدراهم الآمر وهو لايحل شرعا كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح أقول فيه نظر لان الغصب انما يلزم لو نقد من دراهم الآمر وأما اذا أضاف الى دراهم الآمر ولكن لم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر متحد فى الصورتين نص عليه فى الذخيرة ونقل عنها فى النهاية فلا يتم التقريب (أو يفعله عادة) عطف على قوله يحل له شرعا وتعليل لقوله وان أضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه يعنى أن العادة جرت بان الشراء اذا كان مضافا الى دراهم معينة يقع لصاحب الدراهم فلما أضاف العقد ههنا الى دراهم نفسه وقع له حملا لامره على وفق العادة كذا فى النهاية وعليه العامة قال تاج الشريعة بعد أن جرى فى شرح كلام المصنف ههنا على الطريقة المذكورة وهى توزيع التعليل المزبور على المسئلتين ويجوز أن يكون التعليلان للمسئلة الاولى والحكم فى المسئلة الثانية يثبت بطريق الدلالة لانه كما لايحل له أن يشترى لنفسه و يضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لايحل له أن يشترى لغيره و يضيفه الى دراهم نفسه وأما العادة فجارية على أنه لايشترى لغيره و يضيفه الى دراهم نفسه وكذا على العكس انتهى وقال صاحب العناية بعد أن سلك الطريقة المذكورة ويجوز أن يكون قوله حملا لحاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثانى يعلم بالدلالة فانه كما لايحل له أن يشترى لنفسه و يضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لايحل له أن يشترى لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لامحالة ثم قال والاول أولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثانى فلاامتناع فيه شرعا انتهى أقول ان قول المصنف (اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا) ينادى باعلى الصوت على أن التعليل المزبور بشقيه معا للوجه الاول كما لايخفى على ذى فطرة سليمة فالاولى أن يجعل مجموع قوله حملا لحاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الاول و يكتفى فى العلم بالوجه الثانى بدلالة شقه الثانى أعنى قوله أو يفعله عادة على ذلك والانصاف أن فى تحرير المصنف هنا تعقيدا واضطرابا كما ترى ولهذا تحير الشراح فى حله الوافى وشرحه الكافى (وان أضافه) أى العقد (الى دراهم مطلقة) هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسئلة وفيه تفصيل أشار اليه بقوله (فان نواها) أى الدراهم المطلقة (للآمر فهو) أى العقد (للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه) أى فالعقد لنفسه (لان له أن يعمل لنفسه و يعمل للآمر فى هذا التوكيل) أى فى التوكيل بشراء عبد بغير عينه فكانت نيته

الى دراهم الموكل لان ينقد من مال الموكل من غير ان يضيف العقد اليه لان فيه تفصيلا بعد ان يشتريه بدراهم

(قوله والاول أولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثانى) أقول فيكون الاول صوابا (قال المصنف لانه دلالة ظاهرة على ماذكرناه) أقول قوله على ماذكرناه حال لاصلة للدلالة وأراد بقوله ماذكرناه قوله حملا لحاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة الخ (قال المصنف وان توافقا على أنه لم تحضره النية) أقول ههنا احتمالان آخران أحدهما أن يقول الوكيل لم تحضرنى النية فقال الموكل بل نويت لى والثانى عكس هذا (قال المصنف قال محمد هو للعاقد) أقول لابد لمحمد من فرق بين صورتى التكاذب و التصادق وهو ظاهر فان النية متقدمة على الاصالة و يؤيد كلام من ادعى النية له بنقده من دراهمه

وان تكاذبا فى النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ماذكرنا وان توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان الاصل أن كل أحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند أبى يوسف رحمه الله يحكم النقد لان ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن أى المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما فى حالة التكاذب

معتبرة أقول لقائل أن يقول اذا نواها النفسه ولكن نقد من دراهم الآمر ينبغى أن يكون العقد للآمر لئلا يلزم المحذور الذى ذكروه فيما اذا أضاف العقد الى دراهم الآمر من كونه غاصبا بالدراهم الآمر فان قلت الغصب فى صورة الاضافة الى دراهم الآمر فى ضمن نفس العقد فيبطل العقد ببطلانه وأما فى الصورة المذكورة ففى النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فلا يلزم من بطلانه بطلان العقد فافترقت الصورتان قلت الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة ولاشك أن هذا لا يتحقق فى نفس الاضافة الى دراهم الآمر بل يتحقق فى النقد من دراهمه فهو لم يوجد فى ضمن نفس العقد فى شئ من الصورتين المذكورتين بل انما وجد فى النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فى تينك الصورتين معا فلا يتم الفرق تدبر (وان تكاذبا) أى الوكيل والموكل (فى النية) فقال الوكيل نويت لنفسى وقال الموكل نويت لى (يحكم النقد بالاجماع) فمن مال من نقدا ثمن كان المبيع له (لانه) أى النقد (دلالة ظاهرة على ماذكرناه) من حمل حاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة (وان توافقا على أنه لم تحضره النية) ففيه اختلاف بين أبى يوسف ومحمد (قال محمد هو) أى العقد (للعاقد لان الاصل أن كل أحد يعمل لنفسه) يعنى أن الاصل أن يعمل كل أحد لنفسه (الا اذا ثبت جعله) أى جعل العمل (لغيره) بالاضافة الى ماله أو بالنية له (ولم يثبت) أى والفرض أنه لم يثبت (وعند أبى يوسف يحكم النقد لان ما أوقعه مطلقا) أى من غير تعيين بنيته (يحتمل الوجهين) وهما أن يكون العقد للآمر وأن يكون لنفسه (فيبقى موقوفا فمن أى المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه) فتعين أحد المحتملين (ولان مع تصادقهما) على أنه لم تحضره النية (يحتمل النية للآمر) بان نوى له ونسيه (وفيما قلنا) أى فى تحكيم النقد (حمل حاله) أى حال الوكيل (على الصلاح) وهو أن لا يكون غاصبا على تقدير النقد من مال الآمر (كما فى حالة التكاذب) بقى الكلام فى هذه المسئلة وهو أن الاضافة الى أى نقد كان ينبغى أن لا تفيد شيأ لان النقود لا تتعين بالتعيين وأجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ماسيجىء من أن النقود تتعين فى الوكالات ألا ترى أنها لو هلكت قبل الشراء بها بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة كذا فى العناية وعليه جمهور الشراح ومأخذهم المبسوط أقول فى الجواب بحث وهو أن النقود لا تتعين فى الوكالات قبل التسليم بالاجماع وكذا بعده عند عامة المشايخ وانما تتعين بعده عند بعضهم على قول أبى حنيفة رحمه الله صرح به فى عامة المعتبرات وسيظهر لك فيما سيجىء عن قريب وجواب

مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل وخلافا أى فيما اذا تصدقا على انه لم تحضره النية وقت الشراء انه يشتريه للموكل أو للوكيل فعلى قول محمد رحمه الله العقد للوكيل وعلى قول أبى يوسف رحمه الله يحكم النقد على مايجىء (قوله وهذا بالاجماع) أى لو أضاف العقد الى دراهم الموكل يقع العقد للموكل بالاجماع وهو مطلق أى قوله أو يشتريه بمال الموكل مطلق أى مذكور من غير خلاف فيحمل على الصورة المجمع عليها وهو ان يضيف العقد الى مال الموكل (قوله حملا لحاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة) هذا تمسك بدلالة العرف والشرع بعد ذكر المسئلتين اضافة العقد الى دراهم آمره واضافة العقد الى دراهم نفسه فالتمسك بدلاله العرف والعادة شامل للمسئلتين اذ العرف مستمر بان مضيف العقد الى دراهم نفسه مشتر لنفسه والمضيف الى دراهم آمره مشتر لآمره فاما التمسك بدلالة الشرع انما يرجع الى المسئلة الاولى خاصة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى مال غيره حرام ولكن الشراء لغيره باضافة العقد الى مال نفسه ليس بحرام (قوله وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح) لانه لو قلنا بان العقد يقع له فان نقد من مال الآمر يكون غاصبا فقلنا يقع للموكل اذا نقد من ماله حملا لحاله على الصلاح

يحتمل انه كان نوى للآمر ونسيه (قوله وفيما قلنا) يعنى تحكيم النقد (حمل حاله على الصلاح) لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غصبا كما فى حالة التكاذب واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل فلا معتبر بالنقد وخلافا فيما اذا تصادقا على انه لم تحضره النية وقت الشراء انه يقع للوكيل أو بحكم النقد وفى الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدورى أو يشتريه بمال الموكل على الاضافة أولى

(قوله لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له) أقول أى للوكيل (قوله وخلافا فيما اذا تصادقا) أقول معطوف على قوله تفصيلا اذا اشترى

والتوكيل

ولهذا قال المصنف وهو المراد عندى بقى الكلام فى أن الاضافة الى أى نقد كان ينبغى أن لا تفيد شيأ لان النقود لا تتعين بالتعيين وأجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ماسيجىء من انها تتعين فى الوكالات ألا ترى أنه لو هلك قبل الشراء به بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة (قوله

والتوكيل بالاسلام على هذه الوجوه)

والتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه قال (ومن أمر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندى وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور) لان فى الوجه الاول

مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر والى دراهم نفسه غير مقيد بكون الاضافة بعد التسليم وغير مختص بقول أبى حنيفة بل هو مطلق و بالاجماع كما تقرر فيما مر فكيف يتم أن يجعل مداره ماهو المقيد والمختلف فيه وكأن الامام الزيلعى تنبه لهذا حيث قال فى شرح الكنز فى تعليل مسئلة الاضافة الى ثمن معين لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به وقد تعين قدره و وصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة انتهى لكنه لم يأت أيضا بما يشفى الغليل ههنا كما ترى ثم أقول الاولى فى الجواب أن يقال ليس العلة فى كون العقد لمن أضافه الى دراهمه تعين النقود بالتعيين بل حمل حاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة كما مر مبينا ومشروحا فلا ضير لعدم تعين النقود بالتعيين فى مسئلتنا هذه وقد أشار اليه صاحب الكافى حيث قال والدراهم وان لم تتعين لكن الظاهر أن المسلم لا يضيف شراء الشئ لنفسه الى دراهم الغير لانه مستنكر شرعا وعرفا انتهى (قال) المصنف (والتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه) المذكورة فى التوكيل بالشراء وفاقا وخلافا وانما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا القول بعض مشايخنا فانهم قالوا فى مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما الخلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى مسئلة التوكيل بالاسلام وهم فرقوا بين مسئلة الشراء والسلم على قول أبى يوسف بان للنقد أثرا فى تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل كذا فى الشروح وفرق أبو يوسف بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير اذا أطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقدا لنفسه فان الحج عبادة والعبادات لا تتادى الا بالنية فكان مأمورا بان ينوى الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ماهو الشرط وأما فى المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفا فيبقى حكم عقده موقوفا على النقد كذا فى باب الوكالة بالسلم من بيوع المبسوط (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن أمر رجلا بشراء عبد بالف فقال) أى المأمور (قد فعلت ومات عندى وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان) أى الآمر (دفع اليه) أى الى المأمور (الالف فالقول قول المأمور لان فى الوجه الاول) وهو ما اذا لم يكن الثمن منقودا

(قوله والتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه) أى وفاقا وخلافا وانما خصه بالذكر مع انه توكيل بالشراء وقد بين حكمه لان بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا فى مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم يحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم العقد وأما الخلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء ومسئلة السلم على قول أبى يوسف رحمه الله والفرق أن للنقد أثرا فى نفاذ السلم فانه اذا لم ينقد رأس المال يبطل السلم فاذا جهل من نفذ عليه وجب استبانة ذلك بالنقد وليس للنقد أثر فى تنفيذ الشراء حتى يستبان من نفذ عليه الشراء بالنقد فاعتبرنا العقد واقعا للعاقد عملا بقضية الاصل كذا فى الذخيرة وفرق أبو يوسف رحمه الله بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير اذا أطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقدا لنفسه لان الحج عبادة والعبادة لا تتعدى الا بالنية فكان مأمورا بان ينوى

انما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا فانهم قالوا فى مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فى مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء والسلم على قول أبى يوسف بان للنقد أثرا فى تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل قال (ومن أمر رجلا بشراء عبد بالف الخ) ومن وكل رجلا بشراء عبد بالف فقال فعلت وأنكره الموكل فاما أن يكون التوكيل بشراء عبد معين أو غيره والاول سيجىء والثانى اما أن يكون العبد ميتا عند

الخ (قوله وأجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين) أقول بحيث تكون هى مستحقة البتة (قوله وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ماسيجىء من انها تتعين فى الوكالات) أقول ولا يلزم من تعينها فى الوكالة تعينها فى الشراء (قوله واذا تقيدت بها لم يكن الشراء الخ) أقول الاظهر أن يقال واذا تقيدت بها فاذا أضاف الشراء اليها تعين أن يكون بموجب الوكالة فتدبر (قوله نفيا القول بعض مشايخنا الخ) أقول أنت خبير بان نفى قول ذلك البعض انما يحصل ببيان الخلاف فى مسألة الشراء فى صورة التصادق انه لم تحضره النية الا أن يقال مراده تأكيد ذلك النفى حيث جعل مسئلة الشراء مشبها بها فليتامل

الاختلاف أوحيا وعلى كل من التقديرين فاما أن يكون الثمن منقودا أوغيره فان كان ميتا والثمن غير منقود فالقول للآمر لان المامور أخبر عما لا يملك استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الآمر فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه

أخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر وفى الوجه الثانى هو أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين وان لم يكن منقودا فكذلك عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم فى الاخبار عنه

الى المامور (أخبر) أى المامور (عما لا يملك استئنافه) أى استئناف سببه (وهو الرجوع بالثمن على الآمر) فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه لان العبد ميت اذ الكلام فيه والميت ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندى لارادة الرجوع على الآمر (وهو) أى الآمر (ينكر) ذلك (والقول للمنكر) فقول المصنف لا يملك استئنافه معناه لا يملك استئناف سببه على طريق المجاز بالحذف والضمير المرفوع فى قوله وهو الرجوع بالثمن راجع الى ما فى عما لا يملك استئنافه وهذا هو الوجه الاحسن فى حل عبارة المصنف هنا واليه ذهب صاحب العناية وقيل انما قال وهو الرجوع ولم يقل وهو العقد لان مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لاجل الآمر فترك الواسطة وهى العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكرا للمسبب وارادة للسبب وجاز هذا لان الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لاجل الآمر والى هذا التوجيه ذهب أكثر الشراح قال فى الكفاية بعد ذكره هذا وفى بعض النسخ لا يملك استئنافه وهو يريد الرجوع بالثمن على الآمر وهذا ظاهر انتهى (وفى الوجه الثانى) وهو ما اذا كان الثمن منقودا الى المامور (هو) أى المامور (أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله) قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية علل فى الهداية فيما اذا لم يدفع الآمر الثمن بان الوكيل أخبر بامر لا يملك استئنافه وفيما اذا دفع بان الوكيل أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة أقول كل واحد من التعليلين شامل للصورتين فلم يتم به الفرق بل لا بد من انضمام أمر آخر وهو أن فيما اذا لم يدفع الثمن يدعى الثمن على الآمر وهو ينكر فالقول للمنكر وفيما اذا دفع الثمن يدعى الآمر الثمن على المامور فالقول للمنكر الى هنا كلامه أقول ليس الامر كما زعمه بل كل واحد من التعليلين مخصوص بصورته أما الاول فلان قول المصنف فيه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر لا يشمل الصورة الثانية اذ الثمن فيها مقبوض الوكيل فلا يريد الرجوع به على الآمر قطعا وقد لبس هذا القائل فى تعليله حيث ذكر أول التعليل الاول وترك آخره الفارق بين الصورتين والعجب أنه ضم الى ما ذكره ما هو فى معنى ما تركه وأما ثانى فلان الثمن ليس بمقبوض الوكيل فى الصورة الاولى فلا يصح أن يقال فيها انه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله كما لا يخفى (ولو كان العبد حيا حين اختلفا) فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك (ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين) يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله كما مر (وان لم يكن) أى الثمن (منقودا فكذلك) أى فالقول للمأمور أيضا (عند أبى يوسف ومحمد لانه يملك استئناف الشراء) للآمر اذ العبد حى والحى محل للشراء فيملك أن يشتريه فى الحال لاجل الآمر (فلا يتهم فى الاخبار عنه) أى عن الشراء لاجل الآمر فان قيل ان وقع الشراء أولا للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل

الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما هو الشرط أما فى المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفا فيبقى فى حكم عقده موقوفا على النقد كذا فى المبسوط فى باب الوكالة بالسلم من بيوعه (قوله أخبر عما لا يملك استئنافه) لان العبد ميت والكلام فيه والعبد الميت ليس بمحل لعقد الشراء (قوله وهو الرجوع بالثمن) أى سبب الرجوع بالثمن وانما قال وهو الرجوع بالثمن ولم يقل وهو العقد

لان العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندى لارادة الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله فقوله (لا يملك استئنافه) معناه استئناف سببه فهو مجاز بالحذف وقوله (وهو) راجع الى ما فى عما وان كان الثمن منقودا فالقول قول المامور لانه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله وان كان حيا حين اختلفا فان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه أمين وان لم يكن منقودا فكذلك عند أبى يوسف ومحمد لانه يملك استئناف الشراء لكون المحل قابلا فلا يتهم فى الاخبار عنه فان قيل ان وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل أجيب بان تملك استئناف

(قال المصنف أخبر عما لا يملك استئنافه) أقول قال صدر الشريعة أخبر بامر لا يملك استئنافه انتهى بدل عن بالباء وهو الاولى (قال المصنف وهو الرجوع بالثمن) أقول أى الاخبار المذكور أسند اليه الرجوع اسنادا مجازيا أو راجع الى ما لا يملك والمراد بالرجوع بالثمن سببه أعنى العقد أو يقدر المضاف فى قوله استئنافه أى استئناف سببه (قوله لان المامور أخبر عما لا يملك استئناف سببه وهو الرجوع ومن بالثمن) أقول الاظهر ارجاع ضميرهو الى الاخبار المذكور فى ضمن أخبر وجعل اسناد الرجوع اليه من قبيل الاسناد المجازى فلا يلزم حينئذ ارتكاب الحذف بلا قرينة ظاهرة ولا المجاز فى جعل الرجوع مخبرا عنه هكذا قيل وأنت خبير بان ذلك ليس أولى منهما حتى يقال لا يلزم الخ

الشراء دائر مع التصور ويمكن أن يفسخ الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه للموكل وعند أبى حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة أراد أن يلزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك أى للخروج عن عهدة الامانة ولا ثمن فى يده ههنا) يعنى فيما نحن فيه حتى يكون الوكيل أمينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة وان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حى فالقول للمامور وسواء كان الثمن منقودا أولا بالاجماع لانه أخبر عما يملك استئنافه) ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول قوله أما عندهما فلانه يملك استئنافه وأما عند أبى حنيفة فلانه لا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن فى حال غيبة الموكل على مامر أن شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته

وعن أبى حنيفة رحمه الله القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن فى يده ههنا وان كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حى فالقول للمأمور وسواء كان الثمن منقودا أوغير منقود وهذا بالاجماع لانه أخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن فى حال غيبته

حتى يملك استئنافه أجيب بان تملك استئناف الشراء دائر مع التصور وفيمكن أن يتفاسخ الوكيل بالشراء مع بائعه ثم يشتريه لاجل الموكل كذا فى الشروح (وعند أبى حنيفة القول قول الآمر لانه) أى لان الاخبار عن الشراء لاجل الآمر (موضع تهمة بان اشتراه لنفسه) أى بان اشترى الوكيل العبد لنفسه (فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر) أى أراد أن يلزمها الآمر (بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه) أى الوكيل (أمين فيه) أى فى هذا الثمن أو فى هذا الوجه (فيقبل قوله تبعا لذلك) أى للخروج عن عهدة الامانة وكم من شئ يثبت تبعا ولا يثبت قصدا (ولا ثمن فى يده ههنا) أى لا ثمن فى يد الوكيل فيما اذا كان العبد حيا والثمن غير منقود حتى يكون أمينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة فافترقا (وان كان أمره بشراء عبد بعينه) يعنى ان كان التوكيل بشراء عبد بعينه (ثم اختلفا والعبد حى) أى والحال أن العبد حى (فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أوغير منقود وهذا بالاجماع) أى هذا الوجه من وجوه هذه المسئلة بالاجماع بين أئمتنا الثلاثة (لانه) أى المأمور (أخبر عما يملك استئنافه فى الحال ولا تهمة فيه) أى فى اخباره عن ذلك (لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن فى حال غيبته) أى فى حال غيبة الموكل قيد به اذ فى حال حضرة الموكل

لان مقصود الوكيل من العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لاجل الآمر فترك الواسطة وهى العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكرا للمسبب وارادة للسبب وجاز هذا لان الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لاجل الآمر وفى بعض النسخ لا يملك استئنافه وهو بهذا يريد الرجوع بالثمن على الآمر وهذا ظاهر (قوله لانه يملك استئناف الشراء) لان العبد حى والحى محل للشراء فيملك ان يشتريه فى الحال لاجل الآمر فان قيل الشراء لا يتوقف بخلاف البيع لما وقع شراؤه أولا للوكيل حين اشترى كيف يقع بعد ذلك للموكل قلنا استئناف الشراء دائر مع التصور وفيتصور أن يتفاسخ الوكيل بيعه مع بائعه ثم يشتريه لاجل الموكل (قوله تبعا لذلك) أى تبعا لقبول قوله فى دعوى الخروج عن عهدة الامانة لانا انما صدقنا باعتبار الثمن لانه يدعى الخروج عن عهدة الامانة ومن ضرورة ذلك قبول قوله فى أن الشراء كان للآمر وما كان ثبوته بطريق التبعية لا ينظر الى وصفه فلا ينظر هنا الى كون الوكيل متهما أوغير متهم (قوله ولا ثمن فى يده ههنا) أى فيما اذا لم يكن الثمن منقودا (قوله لانه أخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه) فان

بخلاف حضوره فانه لو فعل ذلك جاز ووقع المشترى له بخلاف ما اذا كان العبد غير معين فان فيه التهمة المذكورة من جانب أبى حنيفة وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمامور لانه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة

(قوله وان كان التوكيل بشراء عبد الخ) أقول هذا هو الموعود بقوله والاول سيجىء (قوله وأما عند أبى حنيفة فلانه لا تهمة فيه الخ) أقول أشار بتوزيع التوكيل الى دفع ما يعترض به ههنا من أن الاصل فى الدلالة الاطراد وهذا لا يطرد على أصل أبى حنيفة فان الاب اذا أقر على الصغير أو الصغيرة بالنكاح لم يصح الا ببينة عند أبى حنيفة وكذا وكيل الزوج أو الزوجة وولى العبد اذا أقر بالنكاح لم يصح الاقرار الا ببينة عند أبى حنيفة خلافا لصاحبيه مع أن المقر يملك استئناف العقد قال الاتقانى فى جوابه لا نسلم انه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يملك الاقرار لانه لم يملك الانشاء بلا شهود انتهى وفى قوله لا نسلم انه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث فان تملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكروا ثم قال الاتقانى وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله لا تهمة فيه وقع على قول أبى حنيفة بعيد عن التحقيق لان المجموع دليل لابى حنيفة رحمه الله تعالى لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى وأقول ان لم يوجد فى مواد النقض تهمة فالنقض متوجه أيضا وان وجدت فلا حاجة لدفع السؤال الى التوزيع (قوله لان التوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن فى حال غيبة الموكل) أقول لم لا يجوز أن يشترى الوكيل بالتوكيل بمثل ذلك الثمن وهو مخالفة أيضا كما سبق

على مامر بخلاف غير المعين على ماذكرناه لابي حنيفة رحمه الله

يملك شراءه لنفسه لانه يملك عزل نفسه حال حضرته (على مامر) أشار به الى قوله ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ماقيل الا بمحضر من الموكل (بخلاف غير المعين) أى بخلاف ما اذا كان التوكيل بشراء عبد بغير عينه فاختلفا (على ماذكرناه لابي حنيفة) يعني ماذكره فيما مر آنفا من جانب أبي حنيفة وهو قوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر أقول لقائل أن يقول التهمة متحققة فى صورة المعين أيضا بان اشتراه لنفسه لكن لا على وجه الموافقة للآمر بل على وجه المخالفة له كان اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمى أو بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشتراه الثانى بغيبة الاول ثم لما رأى الصفقة خاسرة قال للآمر اشتريته لك بمثل الثمن المسمى والوكيل بشراء شئ بعينه فانه لا يملك شراءه لنفسه على وجه الموافقة للآمر وأما على وجه المخالفة له باحد الوجوه الثلاثة المذكورة فيملكه قطعا على مامر فى محله فما الدافع لهذه التهمة على قول أبي حنيفة ثم أقول فى الجواب عنه ان احتمال أن اشتراه لنفسه شبهة وبعد ذلك احتمال أن اشتراه لنفسه على وجه المخالفة لا على وجه الموافقة شبهة شبهة وقد تقرر عنده أن الشبهة تعتبر وشبهة الشبهة لا تعتبر والتهمة فى صورة غير المعين نفس الشبهة وفى صورة المعين شبهة الشبهة فاعتبرت فى الاولى ولم تعتبر فى الثانية قال صاحب النهاية والكفاية فان قيل الولى اذا أقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند أبي حنيفة رحمه الله مع أنه يملك استئناف النكاح فى الحال قلنا قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة فكان فى هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما لم يكن قوله يملك استئنافه على قول أبي حنيفة لم يرد الاشكال على قوله أو نقول لو كان فى تزويج الصغيرة اخبار عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده أيضا فكان ذلك انشاء النكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لما أنه انما لا يقبل هناك اقرار بتزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاؤه شرعا لعدم الشهود فكان لا يملك استئنافه فاطرد الجواب عنده فى المسئلتين انتهى كلامهما وقال صاحب غاية البيان فان قلت الاصل فى الدلائل الاطراد وهذا لا يطرد على أصل أبي حنيفة لان الاب اذا أقر على الصغير والصغيرة بالنكاح لم يصح الاقرار الا ببينة وكذا وكيل الزوج أو الزوجة ومولى العبد اذا أقر بالنكاح لا يصح الا ببينة عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه مع أن المقر يملك استئناف العقد قلت لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود وهذا هو الجواب الثانى وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة بعيد عن التحقيق لان المجموع دليل أبي حنيفة لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال وفى قوله لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث فان تملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكروا اه أقول هذا ساقط جدا لان مرادهم بالدوران مع التصور والامكان الشرعى ومالم يحضر الشهود لم يمكن انشاء النكاح شرعا وقد أفصح عنه صاحب النهاية والكفاية حيث قالا لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود وأفصح عنه صاحب الغاية أيضا حيث قال ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت

قيل الولى اذا أقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند أبي حنيفة رحمه الله مع أنه يملك استئناف النكاح فى الحال قلنا قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة رحمه الله فكان فى هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما لم يكن قوله يملك استئنافه على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يرد الاشكال على قوله أو نقول لو كان فى تزويج الصغيرة اخباره عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده أيضا فكان ذلك عبارة عن انشاء النكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لما أنه انما لا يقبل هناك اقرار تزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود فكان لا يملك استئنافه فاطرد الجواب عنده فى المسئلتين (قوله على ماذكرناه لابي حنيفة رحمه الله) اشارة الى قوله لانه موضع تهمة وهذه المسئلة على

وان كان غير منقود فالقول للآمر

(قوله وان كان غير منقود فالقول للآمر) أقول فيه بحث فانه اذا تصادقا على الشراء أو أثبته الوكيل ينبغى أن يلزم الآمر لما ذكره أبو حنيفة من الدليل فيما اذا كان حيا فليتامل فان الظاهر أن مراد الآمر من قوله اشتريته لنفسك أنك خالفتنى الا أن الظاهر من حال المسلم أن يفى وعده ولا يغيره والقول قول من يتمسك بالظاهر والقول بان الظاهر لا يثبت الاستحقاق مشترك الالزام

ومن

قال (ومن قال لآخر بعنى هذا العبد لفلان الخ) رجل قال لآخر بعنى هذا العبد لفلان يعنى لاجله فباعه منه فلما طلبه منه فلان أبى أن يكون فلان أمره بذلك فان لفلان ولاية أخذه لان قوله السابق يعنى قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه والاقرار بالشئ لا يبطل بالانكار اللاحق فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص فى الوكالة بل يحتمل أن يكون للشفاعة كالاجنبى طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك أى لاجل شفاعتك قلنا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبى قرينة فى الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه (وان قال فلان لم آمره أنا ثم بدا له أن يأخذه لم يكن له أن يأخذه لان الاقرار ارتد بالرد الا أن يسلمه المشترى له) أى الا أن يسلمه المشترى له العبد المشترى لاجله اليه ويجوز أن يكون معناه الا أن يسلم فلانا العبد المشترى لاجله وفاعل يسلم ضمير يعود الى المشترى بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها

(ومن قال لآخر بعنى هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فان فلانا يأخذه) لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق (فان قال فلان لم آمره لم يكن له) لان الاقرار يرتد برده (الا أن يسلمه المشترى له

الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود فكون تملك الاستئناف دائرا مع التصور لا يقدح أصلا فى قول صاحب الغاية لا نسلم انه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحال حضرة الشهود ثم اعلم أن هذه المسئلة على ثمانية أوجه كما صرح به فى الكافى وغيره لانه اما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود وكل ذلك على وجهين اما أن يكون العبد حيا حين اختلفا أو هالكا وقد ذكر ستة أوجه منها فى الكتاب مدللا ومفصلا كما عرفت فبقى منها وجهان وهما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه ويكون العبد هالكا والثمن منقودا أو غير منقود وقد ذكرهما مع دليلهما صاحب العناية حيث قال فى تقسيم التوكيل بشراء عبد بعينه وان كان العبد هالكا والثمن منقود فالقول للمأمور لانه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر لانه أخبر بما لا يملك استئنافه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول له انتهى أقول دليل الوجه الاخير منهما محل اشكال فان الآمر وان كان منكر الاشتراء المأمور للآمر لكنه معترف باشترائه لنفسه حيث قال للمأمور بل اشتريته لنفسك وقد تقرر أن الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغى أن لا يكون لانكار الآمر شراء المأمور حكم فى هذا الوجه أيضا فتأمل (ومن قال لآخر بعنى هذا العبد لفلان) أى لاجل فلان (فباعه ثم أنكر) أى المشترى (أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فان فلانا يأخذه) يعنى ان لفلان ولاية أخذه من المشترى وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير قال المصنف فى تعليلها (لان قوله السابق) أى قول المشترى السابق وهو قوله لفلان (اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق) لان الاقرار بالشئ لا يبطل بالانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص فى الوكالة بل يحتمل أن يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد فى كتاب الشفعة لو أن أجنبيا طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كانه قال سلمت هذه الشفعة لاجلك قلنا اللام للتمليك والاحتمال المذكور خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبى قرينة فى مسئلة الشفعة ولهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سؤال التسليم لا يصح التسليم وليست القرينة بموجودة فيما نحن فيه كذا فى الفوائد الظهيرية وذكر فى الشروح (فان قال فلان لم آمره بذلك) ثم بدا له أن يأخذه (لم يكن له) أى لم يكن له على العبد سبيل (لان الاقرار) أى اقرار المشترى (ارتد برده) أى برد فلان فاذا عاد الى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد حين انتفى الاقرار فلم يصح تصديقه (الا أن يسلمه المشترى له) وروى لفظ

وجهين اما ان وكله بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما اذا كان الثمن منقودا أو لم يكن وكل ذلك على وجهين اما ان كان العبد قائما أو هالكا فان كان الثمن منقودا فالقول للوكيل فى جميع الوجوه لانه يدعى خروج نفسه عن عهدة الامانة (قوله يعنى هذا العبد لفلان) معناه أنا وكيل فلان بشراء هذا العبد فبعه حتى أشتريه لاجله (قوله فان فلانا يأخذه) أى له ولاية الاخذ (قوله لان قوله السابق) وهو قوله يعنى هذا العبد لفلان اقرار بالوكالة من فلان فان قيل يحتمل ان معناه لشفاعة فلان كما قال محمد رحمه الله فى كتاب الشفعة ولو أن أجنبيا طلب من الشفيع تسليم شفعة هذه الدار فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كانه قال سلمت هذه الشفعة لا يملك قلنا اللام للتمليك وانما حمل على الاسقاط فى مسئلة الشفعة لكونه مسبوقا بسؤال الاسقاط ولا كذلك ههنا (قوله الا أن يسلمه المشترى له) روى بروايتين على

(قوله الا أن يسلم المشترى له) أقول قوله له متعلق بالمشترى أى المشترى لاجل فلان (قوله ويجوز أن يكون معناه الا أن يسلم فلانا العبد المشترى لاجله) أقول الضمير فى قوله لاجله راجع الى قوله فلانا (قوله بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها) أقول قال الاتقانى والكاكى فى شرحيهما والمشترى بكسر الراء وهو الظاهر من كلام محمد وان كان للفتح وجه على معنى الا أن يسلم المشترى العبد الى المشترى له انتهى وهذا هو الوجه لتعين المفعول بلا واسطة للاولوية على ماصرح به النحاة

(فيكون بيعا وعليه العهدة) أي على فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشترى لشخص ثم سلمه المشتري لاجله ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس

فيكون بيعا عنه وعليه العهدة) لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب قال (ومن أمر رجلا أن يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له أحدهما جاز) لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع (الا فيما لا يتغابن

المشتري بروايتين بكسر الراء وفتحها فعلى الكسر يكون المشتري فاعلا وقوله له أي لاجله ويكون المفعول الثاني محذوفا وهو اليه فالمعنى الا أن يسلم الفضولي العبد الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان ويكون الفاعل مضمرا يعود الى المشتري فالمعنى الا أن يسلم الفضولي العبد الى المشتري له وهو فلان ثم ان هذا الاستثناء من قوله لم يكن له أي لم يكن لفلان الا في صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال أجزت بعد قوله لم آمره به لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لان الاجازة تلحق الموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشتري كذا ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير (فيكون بيعا عنه) أي فيكون تسليم العبد بيعا مبتدأ (وعليه العهدة) أي وعلى فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن كذا فسر شيخ الاسلام البزدوي وفخر الدين قاضيخان ويدل عليه قوله (لانه صار مشتريا بالتعاطي) كما لا يخفى (كمن اشترى لغيره) أي كالفضولي الذي اشترى لغيره (بغير أمره حتى لزمه) أي لزم العقد المشتري (ثم سلمه المشتري له) حيث كان بيعا بالتعاطي قال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير وثبت بهذا أن بيع التعاطي كما يكون باخذ واعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وان كان أخذا بلا اعطاء لعادة الناس وثبت به أن النفيس من الاموال والخسيس في بيع التعاطي سواء وأشار المصنف الى ما قاله هؤلاء الشراح بقوله (ودلت المسئلة) أي دلت هذه المسئلة (على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو) أي البيع بالتعاطي (يتحقق في النفيس والخسيس) أي نفيس الاموال وخسيسها (لاستتمام التراضي) أي لاستتمام التراضي في كل واحد منهما (وهو المعتبر في الباب) أي التراضي هو المعتبر في باب البيع لقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض فلما وجد التراضي في النفيس والخسيس انعقد البيع بالتعاطي فيهما خلافا لما يقوله الكرخي ان البيع بالتعاطي لا ينعقد الا في الاشياء الخسيسة وقد مر ذلك في أول كتاب البيوع (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن أمر رجلا أن يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له أحدهما جاز لان التوكيل مطلق) يعني أن التوكيل مطلق عن قيد اشترائهما متفرقين أو مجتمعين فيجري على اطلاقه (وقد لا يتفق الجمع بينهما) أي بين العبدين (في البيع) فوجب أن ينفذ على الموكل (الا فيما لا يتغابن

صيغة اسم الفاعل ومعناه الا أن يسلم العبد الفضولي الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى صيغة اسم المفعول ويكون مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان والفاعل مضمر أي الا أن يسلم الفضولي العبد الى المشتري له وهو فلان وهذا الاستثناء من قوله لم يكن له أي لم يكن لفلان الا في صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال أجزت بعد قوله لم آمره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لان الاجازة تلحق الموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشتري (قوله وعليه العهدة) أي وعلى المشتري العهدة لانه صار بائعا من فلان بالتعاطي (قوله وهو المعتبر) أي التراضي في الباب أي في باب البيع قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض

والخسيس لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع قال (ومن أمر رجلا أن يشتري له عبدين باعيانهما الخ) ومن أمر رجلا أن يشتري له عبدين باعيانهما (ولم يسم ثمنا فاشترى أحدهما جاز لان التوكيل مطلق) عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين (فقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع) أي الشراء (الا فيما لا يتغابن) استثناء من قوله جاز أي جاز شراء أحدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان أبا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش ولو أمره أن يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند أبي حنيفة ان اشترى أحدهما بخمسمائة أو باقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء وكل ما كان كذلك يقسم بينهما نصفين لوقوع الامر بذلك دلالة

(قوله لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع) أقول أي هو شرط وسماه ركنا مجازا (قال المصنف ومن أمر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما) أقول من قبيل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما فان صيغة الجمع استعملت في المثنى مجازا (قال المصنف فاشترى أحدهما جاز) أقول أي بمثل القيمة أو بما يتغابن فيه الناس بقرينة الاستثناء (قوله فقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع أي الشراء) أقول لا حاجة الى اخراج كلام المصنف عن ظاهره بتفسير البيع بالشراء بل يجوز ابقاء البيع في كلام المصنف على حاله كما لا يخفى

فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بذلك موافقة وباقل منهما مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة

الناس فيه) لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع (ولو أمره بان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند أبي حنيفة رحمه الله ان اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر) لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز (الا أن يشتري الباقي ببقية الالف قبل أن يختصما استحسانا) لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل

الناس فيه) استثناء من قوله جاز أي جاز اشتراء أحدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز فيه (لانه) أي لان التوكيل المذكور (توكيل بالشراء) وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان أبا حنيفة يجوز البيع من الوكيل بالغبن الفاحش (وهذا كله بالاجماع) أي ما ذكر في هذه المسئلة كله بالاجماع وهو احتراز عما ذكرناه من التوكيل بالبيع وعن التوكيل بشراء العبدين باعيانهما وقد سمى له ثمنهما وهي المسئلة الثانية (ولو أمره بان يشتريهما بالف) أي لو أمر رجلا بان يشتري العبدين بالف (وقيمتهما سواء) أي والحال أن قيمتهما سواء (فعند أبي حنيفة ان اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز) أي جاز الشراء ويقع عن الموكل (وان اشترى باكثر) قلت الزيادة أو كثرت (لم يلزم الآمر) بل يقع عن الوكيل (لانه) أي الآمر (قابل الالف بهما) أي بالعبدين (وقيمتهما سواء فيقسم) أي الالف (بينهما نصفين دلالة) أي من حيث الدلالة ويعمل بها عند عدم التصريح (فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها) أي بخمسمائة (موافقة) لامر الآمر (وباقل منها) أي الشراء باقل من خمسمائة (مخالفة الى خير) فيجوز (وبالزيادة الى شر) أي الشراء بالزيادة مخالفة الى شر (قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير احتمل أن المسئلة لا اختلاف فيها لان أبا حنيفة انما قال لم يجز شراؤه على الآمر اذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا في الذي يتغابن الناس في مثله انه يلزم الآمر فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسئلة اختلاف واحتمل أن المسئلة فيها اختلاف في قول أبي حنيفة اذا زاد على خمسمائة قليلا أو كثيرا لا يجوز على الآمر وفي قولهما يجوز اذا كانت الزيادة قليلة انتهى كلامه وقال شيخ الاسلام ان بعض مشايخنا قالوا ليس في المسئلة اختلاف في الحقيقة فان قول أبي حنيفة محمول على ما اذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها فاما اذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز عندهم جميعا لانه لا تسمية في حق هذا الواحد فهو كما لو وكله بشراء عبد له ولم يسم ثمنا فاشتراه باكثر من قيمته بما يتغابن الناس في مثله جاز كذا ههنا ثم قال والظاهر أن المسئلة على الاختلاف فانه أطلق الجواب على قول أبي حنيفة وفصله على قولهما انتهى والمصنف اختار ما ذهب اليه شيخ الاسلام حيث قال وبالزيادة الى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز (الا أن يشتري الباقي ببقية الالف قبل أن يختصما) فيجوز حينئذ ويلزم الآمر (استحسانا) قيد به لان جواب القياس أن لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة وبه أخذ مالك والشافعي وأحمد ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لان شراء الاول قائم) يعني أن شراء العبد الاول قائم لم يتغير حاله بالخصومة (وقد حصل غرضه المصرح

(قوله لانه توكيل بالشراء) قيد به احترازا عن التوكيل بالبيع فان ذلك يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله بالغبن الفاحش وأما في التوكيل بالشراء فلا يتحمل الغبن الفاحش (قوله الا أن يشتري الباقي ببقية الالف قبل أن يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم) فان قيل الخلاف قد تحقق والشراء لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل قلنا العمل بالصريح أقوى من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبدين بالف وانما عملنا بالدلالة اذا لم يعارضها صريح فاذا جاء الصريح بطل العمل بها والشراء قد يتوقف اذا لم يجد نفاذا على المشتري كالوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه وشراء الصبي والعبد المحجور والمرتد

الصريح بطل العمل بها انتهى فلا تعتبر مخالفة الدلالة اذا حصل موافقة الصريح فيكون من قبيل التبيين بالمتعارف) أقول في تقريره قصور

خير وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة كانت أو كثيرة فلا يجوز الا أن يشتري الباقي ببقية الالف قبل أن يختصما استحسانا والقياس أن لا يلزم الآمر اذا اشترى أحدهما بازيد من خمسمائة وان قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان أن شراء الاول قائم فاذا اشترى الباقي حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطل الدلالة وقال أبو يوسف ومحمد ان اشترى أحدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشترى بمثله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما يتغابن فيه الناس لكن لا بد أن يبقى من الالف ما يشترى به الباقي لتحصيل غرض

(قال المصنف لان شراء الاول قائم) أقول في الكافي فان قيل الخلاف قد تحقق والشراء لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل قلنا العمل بالصريح أولى من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبدين بالف وانما عملنا بالدلالة اذا لم يعارضها الصريح فاذا جاء (قوله لان التوكيل الى قوله

الآمر قال (ومن له على آخر ألف الخ) ومن له على آخر ألف درهم فامره أن يشترى بها عبدا معينا صح على الآمر ولزمه قبضه وان مات قبله عند المامور لان فى تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع جاز كما سنذكره فكذا اذا عين المبيع بالاتفاق وان أمره أن يشترى بها عبدا بغير عينه فاشتراه فان قبضه الآمر فهوله كذلك وان مات فى يد الوكيل قبل أن يقبضه الآمر مات من مال الوكيل عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المامور وعلى هذا الخلاف اذا أمر من عليه الدين أن يسلم ماعليه أو يصرف ماعليه فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف وانما خصهما بالذكر لدفع ماعسى يتوهم أن التوكيل فيهما لايجوز لاشتراط القبض فى المجلس (لهما أن الدراهم والدنانير لايتعينان فى المعاوضات دينا كان أو عينا ألا ترى أنهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل العقد) ومالا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح

(قوله وانما خصهما بالذكر لدفع ماعسى يتوهم الخ) أقول فيه تامل

العبدين بالالف وماثبت الانقسام الادلالة والصريح يفوقها (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى أحدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقى من الالف مايشترى بمثله الباقى جاز) لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد أن يبقى من الالف باقية يشترى بمثلها الباقى ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال (ومن له على آخر ألف درهم فامره أن يشترى بها هذا العبد فاشتراه جاز) لان فى تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على مانذكره ان شاء الله تعالى قال (وان أمره أن يشترى بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات فى يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشترى وان قبضه الآمر فهوله) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله (وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور) وعلى هذا اذا أمره أن يسلم ماعليه أو يصرف ماعليه لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان فى المعاوضات دينا كانت أو عينا ألا يرى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل العقد

به) أى وقد حصل عند اشتراء الباقى غرض الاول الذى صرح به (وهو تحصيل العبدين بالف وماثبت الانقسام) أى لم يثبت (الادلالة والصريح يفوقها) أى يفوق الدلالة يعنى أن الانقسام بالسوية انما كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطلت الدلالة (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى أحدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقى) أى والحال أنه قد بقى (من الالف مايشترى بمثله الباقى جاز) ولزم الآمر (لان التوكيل مطلق) أى غير مقيد بخمسمائة (لكنه يتقيد بالمتعارف وهو) أى المتعارف (فيما قلنا) أى فيما يتغابن الناس فيه (ولكن لا بد أن يبقى من الالف باقية يشترى بمثلها الباقى) من العبدين (ليمكنه) أى ليمكن المأمور (تحصيل غرض الآمر) وهو تملك العبدين معا (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن له على آخر ألف درهم فامره) أى الآخر (بان يشترى بها) أى بتلك الالف (هذا العبد) يعنى العبد المعين (فاشتراه جاز) ولزم الآمر قبضه أو مات قبله عند المأمور (لان فى تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على مانذكره ان شاء الله تعالى) يشير الى ماسيذكره بقوله بخلاف ماذا عين البائع الخ (وان أمره أن يشترى بها) أى بالالف التى عليه (عبدا بغير عينه فاشتراه فمات فى يده) أى فمات العبد فى يد المشترى (قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشترى) فالالف عليه (وان قبضه الآمر فهو) أى العبد (له) أى للآمر (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا) أى أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هو) أى العبد (لازم للآمر اذا قبضه المأمور) سواء قبضه الآمر أو مات فى يد المأمور قال المصنف (وعلى هذا) أى على هذا التفصيل (اذا أمره) أى اذا أمر من عليه الدين (أن يسلم ماعليه) أى يعقد عقد السلم (أو يصرف ماعليه) أى أو يعقد عقد الصرف فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف قال الشراح وانما خصهما بالذكر لدفع ماعسى يتوهم أن التوكيل فيهما لايجوز لاشتراط القبض فى المجلس أقول فيه نظر اذ قد سبق فى أوائل هذا الفصل مسئلة جواز التوكيل بعقد الصرف والسلم مدللة ومفصلة مع التعرض لاحوال القبض مستوفى فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل فيهما وهل يليق بشأن المصنف دفع مثل ذلك التوهم فالحق عندى أن تخصيصهما بالذكر انما هو لازالة مايتردد فى الذهن من أن التفصيل المذكور هل هو جار بعينه فى بابى السلم والصرف أيضا أم لا بناء على أن لهما شأنا مخصوصا فى بعض الاحكام فقوله هذا على نهج قوله فيما مر فى آخر مسئلة التوكيل بشراء شئ بغير عينه والتوكيل فى الاسلام بالطعام على هذه الوجوه (لهما) أى لابى يوسف ومحمد رحمهما الله (ان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى المعاوضات دينا كانت أو عينا) يعنى سواء كانت الدراهم والدنانير دينا ثابتا فى الذمة أو عينا غير ثابتة فى الذمة ونور ذلك بقوله (ألا يرى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل العقد) ويجب مثل الدين وكل مالا

(قوله أن يسلم ماعليه) أى يشترى بعقد السلم أو يصرف أى يشترى بما عليه الدراهم أو الدنانير (قوله

فصار

التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده فصار كما لو قال تصدق بمالى عليك على المساكين (ولابى حنيفة رحمه الله انها تتعين فى الوكالات ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت. ونقل الناطفى عن الاصل أن الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشترى بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل والمسئلتان تدلان على أن النقود فى الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكورة فى الكتاب لا تفصل بين ماقبل القبض ومابعده والاخرى تدل على أنها بعد القبض تتعين وهو المنقول فى الكتب قال فى النهاية هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل وأما قبل التسليم اليه فلا تتعين فى الوكالات أيضا بالاجماع لانه ذكر فى الذخيرة وقال قال محمد رحمه الله فى الزيادات رجل قال لغيره اشتر لى بهذه الالف درهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل أن الدراهم والدنانير لايتعينان فى الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالة وسيلة الى الشراء فتعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا يتعينان فى الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء وأما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تتعين لماذكرنا وعامتهم على أنها لا تتعين ثم قال وفائدة النقد والتسليم على قول العامة تأقت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة وهذا قول منهم تتعين بالتعين لان المراد به هو التوقت ببقائها وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل عليه ولقائل أن يقول فعلى هذا فى كلام المصنف نظر لانه أثبت قول أبى حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبى حنيفة بمائتى سنة

فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابى حنيفة رحمه الله أنهما تتعين فى الوكالات

يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء (فصار الاطلاق) بان قال بالف ولم يضفه الى ماعليه (والتقييد) بان أضافه الى ماعليه (فيه) أى فى العقد المزبور (سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر) أى ويلزم العقد الآمر وصار كما لو قال تصدق بمالى عليك على المساكين فانه يجوز (ولابى حنيفة رحمه الله انها) أى الدراهم والدنانير (تتعين فى الوكالات) قال صاحب النهاية لكن هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل وأما قبل التسليم اليه فلا تتعين فى الوكالات أيضا بالاجماع لانه ذكر فى الذخيرة وقال قال محمد فى الزيادات رجل قال لغيره اشتر لى بهذه الالف الدرهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان فى الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فتعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا يتعينان فى الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء وأما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه بعضهم قال تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لماذكرنا أن الوكالة وسيلة الى الشراء والدراهم والدنانير يتعينان فى الشراء بعد التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه ولان يد الوكيل يد أمانة والدراهم والدنانير يتعينان فى الامانات وعامتهم على أنها لا تتعين وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ شيا آن أحدهما يؤقت بقاء الوكيل ببقاء الدراهم المنقودة فان العرف الظاهر فيما بين الناس أن الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم فى يد الوكيل والثانى قطع رجوع الوكيل عن الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل وهذا لان شراء الوكيل يوجب دينين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الغناية بعد نقل مافى النهاية بنوع اجمال ولقائل أن يقول فعلى هذا فى كلام المصنف نظر لانه أثبت قول أبى حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبى حنيفة بمائتى سنة والجواب أن المصنف لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده فى ذلك كان على مانقل عن محمد رحمه الله فى الزيادات من التقييد بعد التسليم انتهى أقول ليس السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلان بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبى حنيفة لم يقولوا ماذهبوا اليه من تعين النقود فى الوكالات بعد التسليم الى الوكيل باجتهادهم من عند أنفسهم بل بتخريجهم اياه من أصل أبى حنيفة كما هو حال أصحاب التخريج فى كثير من المسائل فكان ماذكره المصنف ههنا من قبيل اثبات قول أبى حنيفة باصله على تخريج بعض المشايخ وأمثال هذا أكثر من أن تحصى وأما الثانى فلان حاصله أن المصنف أخذ ماذكره ههنا من مفهوم قول محمد فى الزيادات فلم يسلمها الى الوكيل فيرد عليه أن محمدا لم يذكر الخلاف هناك فان لم يكن

فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء) أى التقييد بالدين أو بالعين وعدم التقييد سواء (قوله ولابى حنيفة رحمه الله انها تتعين فى الوكالات) أى بعد التسليم الى الوكيل وفى الذخيرة قال محمد رحمه الله فى الزيادات رجل قال

(قوله قال فى النهاية هذا) أقول أى التعيين (قوله ثم قال والاصل أن الدراهم الخ) أقول يعنى قال فى الذخيرة (قوله لان المراد به هو التوقت ببقائها الخ) أقول فيه نظر فان التوقت عادى لا شرعى فافهم ثم اعلم أن الضمير فى قوله به راجع الى التعيين (قوله وقطع الرجوع الخ) أقول عطف على قوله توقت بقاء الوكالة كما لايخفى وفائدة ثانية (قوله على الموكل) أقول متعلق بقطع والظاهر أن يقال عن بدل على (قوله ولقائل أن يقول) أقول تامل فيه

ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة

ماذكره على قول نفسه فقط فلا أقل من أن يكون ذلك مما قال به أيضا فلو عمل بمفهوم القيد المذكور لزم أن يكون المشترى للوكيل عند محمد فيما اذا سلم الموكل الدراهم الى الوكيل وقال له اشترلى بها عينا فاشتراه وقبضه فهلك فى يده قبل أن يقبضه الآمر مع أن قول محمد وقول أبى يوسف بخلافه كما صرحوا به قاطبة وذكر فى مسئلة الكتاب وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه نظر اذلا يفصل مافى الكتاب بين ماقبل القبض ومابعده كما مر انتهى أقول هو مدفوع بحمل اطلاق مافى الكتاب على ماهو المقيد فى كلام الثقات اذقد تقرر فى الاصول أن المطلق والمقيد اذا وردا واتحد الحكم والحادثة يحمل المطلق على المقيد وههنا كذلك فتدبر (ألا ترى) تنوير لتعين الدراهم والدنانير فى الوكالات (انه) أى الآمر (لوقيد الوكالة بالعين منها) أى من الدراهم والدنانير (أو بالدين منها ثم استهلك) أى الآمر أو الوكيل (العين) كذا فى معراج الدراية ويجوز أن يكون استهلك على بناء المفعول (أو أسقط) أى الموكل (الدين) بان أبرأه عن الدين بعد التوكيل كذا فى معراج الدراية أيضا ويجوز فيه أيضا بناء المفعول (بطلت الوكالة) جواب لوقيد الوكالة ونقل الناطفى فى الاجناس عن الاصل أن الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشترى بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل ثم قال هذه المسئلة تدل على أن الدراهم والدنانير يتعينان فى الوكالة قال صاحب النهاية انما قيد يعنى المصنف بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك والدليل على هذا ماذكره الامام قاضيخان فى السلم من بيوع فتاواه فقال رجل دفع الى رجل عشرة دراهم ليشترى بها ثوبا فقد سماه فأنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى ثوبا للآمر بدراهم نفسه فان الثوب للمشترى لا للآمر لان الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها ولو اشترى ثوبا للآمر ونقد الثمن من مال نفسه وأمسك دراهم الآمر كان الثوب للآمر وتطيب له دراهم الموكل استحسانا كالوارث والوصى اذا قضى دين الميت بمال نفسه انتهى كلامه أقول دلالة مانقله عن الامام قاضيخان على أن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة غاية الامر أنه صور المسئلة فيما اذا أنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل ولا يلزم منه أن لا يكون الحكم كذلك فيما اذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل ألا يرى أنه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك لما قال كذلك وقال صاحب غاية البيان قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك وهذا الذى ذكر مخالف لما ذكروا فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة فاقول كان المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم كما فى

لغيره اشترلى بهذه الالف الدراهم جارية وأراه الدراهم ولم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال الاصل أن الدراهم والدنانير لا تتعينان فى الوكالات قبل التسليم بلاخلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه فاما بعد التسليم هل تتعين اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لان يد الوكيل يد امانة والدراهم والدنانير تتعينان فى الامانات وعامتهم على انها لا تتعين وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ اثنتان احداهما يتوقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة فان العرف الظاهر فيما بين الناس ان الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم فى يد الوكيل والثانية قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل عليه وهذا لان شراء الوكيل يوجب دينين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل (قوله ثم استهلك) قيد بالاستهلاك لان الوكالة لا تبطل بالهلاك فى يد

واذا

والجواب أن المصنف لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده فى ذلك كان على مانقل عن محمد على مانقل عنه فى الزيادات

(قوله والجواب أن المصنف لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشايخ الخ) أقول فيه نظر اذ لا يفصل مافى الكتاب بين ماقبل القبض ومابعده كما مر

من التقييد بعد التسليم ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكروا فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فتصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما فى بطلان الوكالة بهما (قوله واذا تعينت) هو تتمة الدليل وتقريره أنها تتعين فى الوكالات واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير من يوكله بالقبض وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشترى بان كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من آخر شيأ بذلك الدين الذى له على عمرو فانه لا يجوز لذلك (أو يكون أمرا بصرف) أى بدفع (مالا يملكه الا بالقبض قبل القبض

واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون أن يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشترى أو يكون أمرا بصرف مالا يملكه الا بالقبض قبله

هلاك المبيع قبل التسليم الى هنا كلامه ثم قال صاحب العناية وقال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكروا فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فتصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما فى بطلان الوكالة بهما انتهى أقول هذا حاصل ماذكره صاحب العناية نقلا قوله ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك وأنه ليس بسديد اذ لم نجد فى نسخ النهاية ههنا مسئلة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك بل المذكور فيها ههنا انما هى مسئلة فتاوى قاضيخان كما نقلناه فيما قبل (فاذا تعينت) أى الدراهم والدنانير وهذا من تتمة الدليل وتقريره أن الدراهم والدنانير تتعين فى الوكالات واذا تعينت (كان هذا) أى التوكيل المذكور (تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله) أى ذلك الغير (بقبضه) أى بقبض الدين (وذلك) أى تمليك الدين على الوجه المزبور (لا يجوز) لعدم القدرة على التسليم (كما اذا اشترى بدين على غير المشترى) بان كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيأ بذلك الدين الذى له على عمرو فانه لا يجوز فكان تقديره كما اذا اشترى المشترى شيأ بدين على غير نفسه كذا فى النهاية وعليه أكثر الشراح وقال تاج الشريعة فى شرح هذا المقام أى كما اذا اشترى هذا المامور بدين هو حق الآمر على غير هذا المامور انتهى ووافقه صاحب الغاية حيث قال يعنى كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا أمره زيد مثلا أن يشترى بدين لزيد على عمرو شيأ من آخر فانه لا يجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين فكذا فيما نحن فيه انتهى وبين المعنيين تغاير لا يخفى (أو يكون أمرا بصرف) أى بدفع (مالا يملكه الا بالقبض قبله) أى قبل القبض متعلق بصرف وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تمليك الدين

الموكل وانما تبطل بالهلاك فى يد الوكيل (قوله كما اذا اشترى بدين على غير المشترى) أى على غيره وهذا من قبيل وضع الظاهر موضع المضمر بان كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من آخر شيأ بذلك الدين الذى له على عمرو ولا يجوز (قوله أو يكون أمرا بصرف مالا يملكه) معطوف على كان هذا تمليك الدين (قوله الا بالقبض قبله) أى قبل القبض والمراد من الصرف الدفع لا بيع الصرف أى صار أمرا بتمليك مالا يملكه لان رب الدين لا يملك الدين حقيقة قبل القبض لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فكان ما ادى المديون الى البائع أو الى رب الدين ملك المديون ورب الدين لا يملك مافى ذمة المديون قبل القبض حقيقة فكان أمر رب الدين المديون بالدفع الى البائع أمرا فيما لا يملكه فكان باطلا كما اذا قال أعط مالى عليك من الدين من شئت والجامع أن كلا منهما تمليك ماهو غير مملوك وفى المبسوط ولابى حنيفة رحمه الله أن رب الدين أمره بصرف الدين الى من يختاره المديون بنفسه وذلك باطل كما لو قال ادفع مالى عليك من الدين الى من شئت أو القه فى التجارة فان قيل يشكل بما لو آجر حماما باجرة معلومة وأمر المستأجر بالمرمة من الاجرة فانه يجوز وان كان

(قال المصنف كما اذا اشترى بدين على غير المشترى) أقول قال فى النهاية تقديره كما اذا اشترى المشترى شيا بدين على غير نفسه انتهى وقال الاتقانى يعنى كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا أمره زيد مثلا أن يشترى بدين لزيد على عمرو شيا من آخر فانه لا يجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين فكذا ما نحن فيه وهو ما اذا أمر الوكيل أن يشترى بدين على الوكيل عبدا بغير عينه انتهى فبين كلامه وكلام النهاية تفاوت لا يخفى

(قوله من التقييد بعدم التسليم) أقول حيث قال فلم يسلمها (قوله ورد بانه مخالف) أقول الرد للاتقانى الى آخره وله بل انما قيد المصنف (قوله بطلت الوكالة) أقول ويدل عليه ظاهر الفائدة الاولى (قوله لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الخ) أقول فحينئذ يكون استهلك على بناء المفعول (قوله لانه يضمن الدراهم الخ) أقول بخلاف ما اذا هلك فانه لا يضمن

وذلك باطـل كما اذا قال أعط مالى عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه فى القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا أمره بالتصدق لانه جعل المال لله وهو معلوم

لغيره من عليه الدين والمعنى أو يكون التوكيل المذكور أمرا من رب الدين للمديون بدفع ما لا يملكه رب الدين الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما أدى المديون الى البائع أو الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض (وذلك باطل) أى أمر الانسان بدفع ما لا يملكه باطل (كما اذا قال أعط مالى عليك من شئت) فانه باطل لانه أمر بصرف ما لا يملكه الآمر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه (بخلاف ما اذا عين البائع) يعنى بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع فان التوكيل صحيح هنالك (لانه) أى البائع (يصير) أولا (وكيلا عنه) أى عن الموكل (فى القبض) تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان (ثم يتملكه) أى ثم يتملكه البائع فيصير قابضا لرب الدين أولا ثم يصير قابضا لنفسه كما لو وهب دينه على غيره ووكل الموهوب له بقبضه وكذا اذا عين المبيع لان فى تعيين المبيع تعيين البائع كما مر فى صدر المسألة فصار كما لو عين البائع ومتى أبهم المبيع أو البائع يكون البائع مجهولا والمجهول لا يصلح وكيلا قيل يشكل بما لو آجر حماما باجرة معلومة وأمر المستاجر بالمرمة من الاجرة فانه يجوز وان كان هذا أمرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير أن يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح وأجيب بان ذلك قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستاجر لا يجد الآجر فى كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر فى القبض كذا فى الكفاية وغيرها واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغى أن يجوز أن يجعل البائع وكيلا بالقبض أولا لكونه معينا وأجيب بان عدم الجواز هنا لكونه بيعا بشرط وهو أداء الثمن على الغير كذا فى العناية وبعض الشراح أقول فى هذا الجواب بحث أما أولا فلان البائع لو جعل هنا وكيلا بالقبض لم يكن العقد بيعا بشرط أداء الثمن على الغير بل يكون أداء الثمن على المشترى بيد وكيله كما فيما اذا كان الموكل عين البائع وأما ثانيا فلان النقود لما لم تتعين فى المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور ههنا أصلا وأما ثالثا فلانه لو كان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط لا لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه لما كان لقول المصنف فيما مر آنفا كما اذا اشترى بدين على غير المشترى ارتباط بما قبله ولما كان لقول صاحب العناية فى شرح ذلك فانه لا يجوز لذلك معنى فان أمكن تخليص كلام المصنف بحمل مراده بقوله كما اذا اشترى بدين على غير المشترى على المعنى الذى ذهب اليه بعض الشراح دون المعنى الذى ذهب اليه أكثرهم كما عرفته فيما قبل لا يمكن تخليص كلام صاحب العناية فانه ذهب الى ما ذهب اليه الاكثر فتامل وأجيب عن الاعتراض المذكور فى بعض الشروح بوجه آخر أيضا وهو أن البائع لو صار وكيلا فانما يصير وكيلا فى ضمن المبايعة ولا بد من أن يثبت المتضمن ليثبت المتضمن والمبايعة لم تثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن بخلاف ما نحن فيه لان التوكيل بالقبض يثبت فيه بامر الآمر وانه يسبق الشراء وبخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة ويثبت الامر من الواهب للموهوب له بالقبض فى ضمن الهبة لان الملك يتوقف الى زمان القبض فيكون التوكيل بالقبض سابقا على التمليك معنى (وبخلاف ما اذا أمره بالتصدق) جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكر فى الكتاب وقد ذكرناه فى سياق دليلهما (لانه) أى الآمر بالتصدق (جعل المال لله تعالى ونصب الفقير وكيلا عن الله عز وجل فى قبض حقه كذا فى الكافى وغيره (وهو معلوم) أى الله تبارك وتعالى معلوم فكان كتعيين البائع فى المسألة الاولى وأما مسألة التصادق فى الشراء بان لا دين له عليه فلان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى الشراء عينا أو دينا ولكن يتعينان فى الوكالات فلما لم يتعينا فى الشراء لم يبطل الشراء ببطلان الدين كذا ذكره الامام المرغينانى والمحبوبى

هذا أمرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير أن يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح قلنا ذلك قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستاجر لا يجد الاجر

وذلك) لان الديون تقضى بامثالها فكان ما أدى المديون الى البائع أو الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض والامر بدفع ما ليس يملكه (باطل) وصار (كما اذا قال أعط مالى عليك من شئت) فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الآمر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه (قوله بخلاف ما اذا عين البائع) يعنى بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع أو المسلم اليه فان التوكيل صحيح لازم للآمر (لانه يصير) البائع أولا (وكيلا عنه فى القبض ثم يتملكه) وذلك ليس بتمليك الدين من غير من عليه الدين ولا أمرا بصرف ما لم يقبض واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغى أن يجوز أن يجعله وكيلا بالقبض أولا لكونه معينا وأجيب بان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو أداء الثمن على الغير (قوله وبخلاف) جواب

(قوله وذلك ليس بتمليك الخ) أقول اذ يقول اذا قبضه يكون عينا (قوله واعترض بانه لو اشترى الخ) أقول مخالف لقوله فانه لا يجوز لذلك (قوله وأجيب بان عدم الى قوله على الغير) أقول النقود لا تتعين فى المعاوضات فكيف يصح حديث الاشتراط

واذا

عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكره فى الكتاب وقدمناه فى سياق دليلهما وذلك ظاهر وقوله (واذا لم يصح التوكيل) رجوع الى أول البحث يعنى لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح نفذ الشراء على المامور فاذا هلك عنده

واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا قال (ومن دفع الى آخر ألفا وأمره أن يشترى بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالالف فالقول قول المأمور) ومراده اذا كانت تساوى ألفا لانه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوى خمسمائة فالقول قول الآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والامر تناول ما يساوى ألفا فيضمن قال (وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر) أما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها ألفا فمعناه

وقاضيخان (واذا لم يصح التوكيل) رجوع الى أول البحث يعنى لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح (نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله) يعنى اذا هلك هلك من مال المامور (الا اذا قبضه الآمر منه) فانه اذا هلك حينئذ هلك من مال الآمر (لانعقاد البيع) بينهما (تعاطيا) فكان هالكا فى ملك الآمر قال الامام الزيلعى فى التبيين وذكر فى النهاية أن النقود لا تتعين فى الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشراء فتعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله أبو حنيفة والتعليل الصحيح له أن يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز فى المعين لكونه أمرا له بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للمدين بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح الامر للمجهول فكان توكيلا للمدين بالتمليك فى الاسلام والشراء والصرف ولا يجوز الى هنا كلامه أقول فيه نظر اذ لا يلزمهما التعليل الذى ذكره أيضا اذ يجوز أن يقال من قبلهما ان عدم جواز تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يقتضى عدم صحة التوكيل فيما نحن فيه فانه لما لم تتعين النقود فى الوكالات لم يكن لتعيين الآمر الالف التى على المامور تاثير فيما أمره به من اشتراء عبد له بل صح اشتراء المامور عبدا له باية ألف كانت فكان ذكر تلك الالف فى التوكيل بشراء عبد له وعدم ذكرها فيه سواء فصح التوكيل وقد أشار اليه المصنف فى أثناء دليلهما حيث قال فكان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ولا بد فى تمام التعليل من قبل أبى حنيفة رحمه الله من المصير الى تعين النقود فى الوكالات وان كان على قول بعض المشايخ كما فعله المصنف فلله دره فى تدقيقه وتحقيقه (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن دفع الى آخر ألفا وأمره أن يشترى بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور) الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المصنف (ومراده) أى مراد محمد (اذا كانت) أى الجارية (تساوى ألفا) يعنى أن الحكم المذكور وهو كون القول قول المامور فيما اذا كانت قيمة الجارية ألفا (لانه) أى المامور (أمين فيه) أى فى الخصوص المزبور (وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو) أى المامور (ينكر) والقول قول المنكر (فان كانت) أى الجارية (تساوى خمسمائة فالقول قول الآمر لانه) أى الوكيل (خالف) أى خالف الآمر الى شر (حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والامر يتناول ما يساوى ألفا) وأيضا فيه غبن فاحش (فيضمن) أى المامور لانه لا يملك أن يخالف الآمر الى شر ولا أن يشترى بغبن فاحش (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (وان لم يكن دفع اليه الالف) واختلفا (فالقول قول الآمر أما اذا كانت قيمتها) أى قيمة الجارية (خمسمائة فللمخالفة) ولتحقق الغبن الفاحش كما مر آنفا (وان كانت قيمتها ألفا فمعناه) أى فمعنى قول

فى كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الاجر فى القبض (قوله فالقول للآمر لانه خالف) لانه ان اشتراها بالف فالوكيل بشراء جارية بغير عينها لا يملك الشراء بغبن فاحش وان اشتراها بخمسمائة فالامر يتناول جارية تشترى بالف فكان مخالفا فيكون مشتريا لنفسه (قوله وان كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان)

هلك من ماله لكن اذا قبضه الآمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطى فان هلك عنده هلك من ماله قال (ومن دفع الى آخر ألفا الخ) رجل دفع الى آخر ألفا وأمره أن يشترى بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول للمامور ومراده اذا كانت تساوى الالف لانه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآخر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فالقول قول المنكر فان كانت الجارية تساوى خمسمائة فالقول للآمر لان الوكيل خالف الى شر حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والآمر تناول ما يساوى ألفا فيضمن فان لم يكن دفع الالف اليه واختلفا فالقول للآمر أما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة الى شر وان كانت قيمتها ألفا

(قال المصنف فالقول قول المامور) أقول قال صدر الشريعة بلا يمين (قال المصنف ومراده) أقول يعنى مراد محمد رحمه الله (قال المصنف لانه أمين فيه) أقول ولم يعتبر هنا المبادلة الحكمية لسبق الامانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح (قال المصنف فالقول للآمر) أقول يعنى لا يلزم الآمر فيكون قوله مقبولا مع اليمين (قال المصنف لانه خالف حيث اشترى الخ) أقول ولان فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الآمر

فعـنى قوله فالقول للآمر يتحالفان و يندفع به ماقيل فى شروح الجامع الصغير أن الجارية اذا كانت تساوى ألفا وجب أن يلزم الآمر سواء قال المامور اشتريتها بالف أو باقل منها لانه لما اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل كان مخالفا الى خير وذلك يلزم الآمر وهذا لانهما فى هذا أى فى هـذا الفصل ينزلان منزلة البائع والمشترى للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه

التحالف فاذا تحالفا فسخ العـقد الحكمى بينهما و تلزم الجارية المامور وفيه مطالبـة وهى أن الوكيل اذا قبض الثمن فـوقع الاختلاف اعتبرت المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيـه المخالفة والمبادلة فما الحكم فى ذلك والجواب أن فى الاول سـبقت الامانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح فاعـتبرت فيـه بخـلاف الثانى قال (ولو أمره أن يشترى له هـذا العبد الخ) واذا أمره بشراء عبـد معـين ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف فى الثـمن وصـدق البائع الوكيل فالقول للمامور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا وهـو قول أبى جعـفر الهنـدوانى لان تصديق البائع رفع الخلاف فجعل تصادقهـما بمـنزلة انشاء العقد ولو أنشاه لزم الآمر فـكذاههنا بخلاف المسئلة الاولى فان البائع ثمة غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما رفعه (وقيل يتحالفان كما ذكرنا) فان قيل المذكور فيه فالقول قول المامور مع يمينه والتحالف يخالفه أجاب بقوله (وقـد ذكر) يعنى

أنهما يتحالفان لان الموكل والوكيل فى هذا ينزلان منزلة البائع والمشترى وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العـقد الذى جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور قال (ولو أمره أن يشترى له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشـتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف وصـدق البائع المامور فالقول قول المامور مع يمينه) قيـل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيـل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع

محمـد فالقول قول الآمر (انهـما يتحالفان) و يندفع به ماقيل فى شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوى ألفا وجب أن تلزم الآمر سواء قال المامور اشـتريتها بالف أو باقل منها لانه ان اشـتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل منها كان مخالفا الى خـير وكل ذلك يلزم الآمر كذا فى العناية وغيرها أقول بقى ههنا شئ وهو أن المذكور فى قول محمد فالقول قول الآمر والتحالف يخالفه فكيف يكون هذا معنى ذلك والجواب الذى أشار اليه المصنف فى المسـئلة الآتية بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لا يتمشى هنا كما لا يخفى على المتامل قال المصنف (لان الموكل والوكيل فى هذا) أى فى هذا الفصل (ينزلان منزلة البائع والمشترى) للمبادلة الحكمية بينهما (وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ) يعنى فاذا تحالفا يفسخ (العقد الذى جرى بينهما) أى بين الموكل والوكيل وهو العقد الحكمى (فتلزم الجارية المامور) قيل هنا مطالبة وهى أن الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم فى ذلك وأجيب بان فى الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثانى (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ولو أمره أن يشترى له هـذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه) ووقع الاختلاف فى الثمن (فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور اشتريته (بالف وصدق البائع) أى بائع العبد (المامور فالقول قول المامور مع يمينه) الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المصنف (قيل لا تحالف ههنا) وهو قول الفقيه أبى جعفر الهندوانى (لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو) أى البائع (حاضر) فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو أنشا العقد لزم الآمر فكذا ههنا (وفى المسئلة الاولى هو) أى البائع (غائب فاعتبر الاختلاف) لعـدم ما يرفعه ووجب التحالف (وقيل يتحالفان) فى هذه المسئلة أيضا وهو قول الشيخ أبى منصور الماتريدى (كما ذكرنا) أى فى المسئلة الاولى من أنهما ينزلان منزلة البائع والمشترى وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف ولما استشـعر أن يقال كيف قيل انهما يتحالفان وقد نص محمد فى الجامع الصغير أن القول قول المامور مع يمينه والتحالف مخالف له أجاب بقوله (وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) يعنى أن محمدا اكتفى بذكر معظم اليمين من يمينى التحالف وهو يمين البائع أى المامور لانه بمنزلة البائع فى العقد الذى جرى بينه و بين الآمر حكما وانما قال ان يمين البائع الذى هو المامور معظم يمينى التحالف لانه مدع ههنا ولا يمين عـلى المدعى الا فى صورة التحالف وأما المشترى وهو الآمر فمنكر وعلى المنكر اليمين فى كل حال فلما كان يمين المامور هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين ثم اذا وجب اليمين عـلى المامور وهو المدعى فلان تجب عـلى الآمر وهو المنكر أولى كذا فى

أى فمعنى قولنا القول قول الآمر أنهـما يتحالفان (قوله قيل لا تحالف ههنا) وهو قول الفـقيه أبى جعفر رحمه الله لانه ارتفع الخلاف بتصـديق البائع فجعل تصادق البائع والوكيل بمنزلة انشاء العقد وقيل يتحالفان

محمدا (معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) لان البائع وهو الوكيل مدع ولا يمين على المدعى الا فى صورة التحالف وأما المشـترى وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين فاذا وجبت على المدعى فعلى والبائع

(قوله فمعنى قوله فالقول للآمر) أقول وأنت خبـير بانه يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والمجاز لكن المصنف يجوزه اذا كان بسببين مختلفين والكلام فى وجود القرينـة الصارفة فانها ليست بظاهرة هنا كظهورها فى المسئلة الثالثة (قال المصنف وقد ذكر معظم يمين التحالف) أقول

والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيـع فلا يصـدق عليه فيبقى الخلاف وهذا قول الامام أبى منصور رحمه الله وهو أظهر *(فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد)*

الشروح قال الامام الزيلعى فى التبيين بعد ما بين المقام على هذا النمط هكذا ذكر المشايخ الا أن فيـه اشكالا لانه وان كان يدل على ماذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل عـلى ذلك فان قوله ان القول قول المامور مع يمينه يدل على أن المامور يصدق فيما قاله وفى التحالف لا يصدق واحد منهما فلو كان مراده التحالف لما قال ذلك انتهى كلامه فتامل (والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما) هذا جواب عن تعليل القول الاول بقوله لانه ارتفع الخـلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر يعـنى أن بائع العبـد بعد استيفاء الثمن أجنبي عن الموكل والوكيل معا (وقبله) أى قبل استيفاء الثمن (أجنبى عن الموكل اذ لم يجر بينهـما) أى بين البائع والموكل (بيـع) فلم يكن كلامه معتبرا (فلا يصدق عليه) أى على الموكل (فيبقى الخـلاف) بين الآمر والمامور فلزم التحالف قال المصنف (وهذا) أى القول بالتحالف (قول الامام أبى منصور وهو أظهر) وقال صاحب الكافى وهو الصحيح ولكن جعـل الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصـغير قول الفقيه أبى جعفر أصح قال الامام المحبوبى فى شرح الجامع الصغير بعد هذا هذا اذا تصادقا على الثمن عنـد التوكيل وان اختلفا فقال الوكيل أمرتنى بالشراء بالف وقال الموكل لا بل بخمسـمائة فالقول قول الآمر مع يمينه و يلزم العبـد الوكيل لان الامر يستفاد من جهته فكان القول قوله فلو أقاما البينة فبينة الوكيل أولى لما فيها من زيادة الاثبات كذا فى النهاية ومعراج الدراية أقول يرد على ظاهره أن وضع هذه المسئلة فيما اذا لم يسم عنـد التوكيل الثمن للعبـد فكيف يصح أن يقول الامام المحبوبى بعد ذلك هـذا اذا تصادقا عـلى الثمن و يمكن الجواب بان التصادق فى الثمن خلاف التخالف فيه فيصور بان يتصادقا على تسمية الثمن المعين و بان يتصادقا على عدم تسمية الثمن أصلا و بالجملة يجوز أن يكون التصادق على الثمن من حيث تسمية الثمن ومن حيث عدم تسميته والثانى هو المراد فى قول الامام المحبوبى

(فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد) لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكر فى فصل على حدة كذا فى العناية وكثير من الشروح واستشـكله بعض الفضـلاء بان الـكلام لا يتناول الا للمسـئلة الاولى ان أريد الشراء وكالة والا فللثانية لا غـير فيحتاج الى أن يكون تقدير الكلام فى قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ المراد بالشراء ما هو عام للشراء وكالة وللشراء أصالة فيتناول الكلام المسئلتين معا وأما الاحتياج الى أن يكون تقدير الكلام فى قوله لم يكن التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء فامر ضرورى على كل حال لان المحذور أن لا يكون التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء لا أن يكون

وهو قول الامام أبى منصور الماتريدى وقد ذكر معظـم يمين التحالف وهو يمين البائع أى المأمور لانه بائع تقديرا فى حق الموكل وانما قلنا ان يمينه معظم يمين التحالف لان البائع وهو المامور ههنا مدع ولا يمين على المدعى الا فى صورة التحالف وأما المشـترى فمنكر فعلى المنكر اليمين على كل حال فلما كان يمين المامور هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين ثم لما وجب اليمين على المامور وهو المدعى فلان يجب على المشترى المنكر وهو الآمر أولى وهو معنى التحالف وذكر فخر الاسـلام رحمه الله فى الجامع الصـغير لولا أن المراد هو التحالف للزمت الجارية الامر لان الآمر اذا حلف صار الشراء بخمسـمائة والجارية تساوى ألفا فانها تلزم الآمر فثبت بهـذا أنه أراد بقوله و يلزم الجارية المامور انهـما يتحالفان فاذا تحالفا انقض ملك الآمر ولزمت الجارية المامور (قوله والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما) هذا جواب عن تعليل القول الاول بقوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر

(فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد)

المنكر أولى (قوله والبائع بعد استيفاء الثمن) جواب عن قوله ارتفع الخـلاف بتصديق البائع بان البائع بعـد استيفا الثمن أجنبي عنهـما وقبلـه أجنبي عن الموكل اذ لا عقد بينهـما فلم يكن كلامـه معتبرا فبقى الخـلاف والتحالف قال المصنف (وهذا قول الامام أبى منصور وهو أظهـر) قال فى الكافى وهو الصحيح *(فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد)*

ونظـيره ماسيجىء فى باب التحالف مـن قوله عليه الصـلاة والسـلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ماقاله البائع قال المصـنف (وهو أظهر) أقول وانما كان أظهر لان تصـديق البائع لو رفع الخلاف وصار تصادقهما بمنزلة انشاء العقد بقى قوله مع يمينه بـلا فائدة *(فصـل فى التوكيـل بشراء نفس العبد)*

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقاله على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكره فى فصل على حدة والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين أن يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وأن يوكل العبد رجلا ليشترى نفسه من مولاه فالعبد فى الاول موكل وفى الثانى وكيل وكلام المصنف يتناولهما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل أو المفعول وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول فى توكيل العبد رجلا أو فى توكيل العبد رجل قال (واذا قال العبد لرجل (٦٢)

قال (واذا قال العبد لرجل اشتر لى نفسى من المولى بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى) لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه

نفس شراء العبد نفسه من مسائل ذلك اذ نفس الشراء مطلقا ليس من مسائل التوكيل بالشراء قطعا ثم أقول فى استشكال ما فى الشروح التوجيه الذى ذكروه لا يتناول المسئلة الثانية بل انما يمشى فى المسئلة الاولى لان شراء العبد نفسه من مولاه انما يصير اعتاقا على مال أن لو كان شراؤه نفسه من مولاه لنفسه وأما اذا كان لغيره فلا والتوكيل فى المسئلة الثانية انما هو بشراء العبد نفسه من مولاه للموكل فان وافق العبد أمر الآمر فشراؤه ليس باعتاق على مال لا صورة ولا معنى بل هو شراء محض وان خالف أمره فيكون شراؤه اعتاقا على مال ولا ينافى كون التوكيل فى هاتيك المسئلة من مسائل فصل التوكيل بالشراء اذ المسئلة لا تتغير عن وضعها بمخالفة المأمور لامر الآمر كما فى كثير من مسائل هذا الفصل وغيره وأما التوكيل فى المسئلة الاولى فانما هو بشراء رجل نفس العبد الموكل من مولاه لذلك العبد فاذا وافق وكيله أمره فاشترى نفسه من مولاه له يصير ذلك الشراء اعتاقا على مال معنى وان كان شراء صورة فجرى التوجيه المذكور فى هذه المسئلة دون الاخرى فكان قاصرا قال فى النهاية ومعراج الدراية ثم ان الالف واللام فى قول المصنف فى التوكيل بشراء نفس العبد بدل الاضافة وتلك الاضافة اضافة المصدر الى الفاعل والفاعل هو العبد بالنظر الى المسئلة الاولى أى توكيل العبد الاجنبى بشراء نفسه والاجنبى بالنظر الى المسئلة الثانية أى توكيل الاجنبى العبد بشراء نفسه انتهى وقال فى العناية والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين أن يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وأن يوكل العبد رجل ليشترى نفسه من مولاه فالعبد فى الاول موكل وفى الثانى وكيل وكلام المصنف يتناولهما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل أو المفعول وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول فى توكيل العبد رجلا أو فى توكيل العبد رجل انتهى أقول تناول قول المصنف فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد للمسئلتين على كلا التقديرين انما يكون على سبيل البدل وفى ذلك تعسف لا يخفى فالاوجه أن يقدر كل واحد من المضاف اليه والمتروك أمرا عاما مثل أن يقال فصل فى توكيل أحد آخر بشراء نفس العبد ليتناول عنوان هذا الفصل كل واحدة من المسئلتين المذكورتين فيه على سبيل الشمول لا على سبيل البدل (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (واذا قال العبد لرجل اشتر لى نفسى من المولى) أى من مولاى (بالف ودفعها) أى دفع العبد الالف (اليه) أى الى الرجل الذى وكله (فان قال الرجل) أى الوكيل (للمولى اشتريته) أى العبد (لنفسه) أى لنفس العبد (فباعه على هذا) أى فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه (فهو حر) أى فذلك العبد حر يعنى صار حرا (والولاء للمولى) أى وولاء ذلك العبد للمولى (لان بيع نفس العبد منه) أى من العبد (اعتاق) أى اعتاق على مال والاعتاق على المال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك كما أشار اليه بقوله (وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه)

(قوله لان بيع نفس العبد منه اعتاق) لان العبد لا يملك وان ملك لانه ليس باهل أن يملك مالا فصار مجازا عن الاعتاق اذ البيع ازالة ملك بعوض الى آخر فجاز أن يستعار منه واذا كان اعتاقا أعقب الولاء لان ما يثبت

الخ) اذا وكل العبد رجلا بان يشترى له نفسه من مولاه بالف درهم ودفعها اليه فلا يخلو اما أن يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه أو لم يعينه فان عينه فباعه المولى على ذلك فهو حر والولاء للمولى أما أنه حر فلان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل والمأمور سفير حيث أضاف العقد الى موكله والحقوق

(قوله لما كان شراء العبد نفسه الخ) أقول أى وكالة فيتناول المسئلتين اذ فى الاولى شراء نفسه بوكيل وفى الثانية وكيل أيضا الا أنه خالف أمر الموكل ولا يخفى عليك ما فيه بل لا يتناول الكلام الا المسئلة الاولى ان أريد الشراء وكالة والا فللثانية لا غير فيحتاج الى أن يكون تقدير الكلام فى قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل والاظهر أن يقال لما كان تصرف الوكيل فى هذه الوكالة شراء على تقدير واعتاقا على تقدير بخلاف غيره ناسب أن يذكر فى فصل على حدة وفى قوله من مولاه اعتاقا على مال الخ مسامحة اذ فان الاعتاق انما هو بيعه من نفسه (قوله وكلام المصنف يتناولهما) أقول أى على سبيل البدل (قوله وجعل المصدر الخ) أقول والاولى أن يقدر المضاف اليه والمتروك كلاهما أمرا عاما مثل أن يقول فى توكيل شخص شخصا أو أحد أحدا حتى يتناولهما كلام المصنف معا على أنه لا يبعد أن ينزل التوكيل منزلة اللازم

لم يرجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه بنفسه وأما أن الولاء للمولى فلانه اذا كان اعتاقا أعقب الولاء للمعتق وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشترى لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن (٦٣) اذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم أن العمل بالحقيقة ممكن لانه توكيل بشراء شئ بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه فالجواب سيأتى بخلاف شراء العبد نفسه فان الحقيقة تعذرت ثمة فتعين المجاز واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشترى ألف أخرى ثمنا للعبد فانه أى الثمن فى ذمة المشترى لان الاداء لم يصح قال فى النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشترى وأما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى قال الامام قاضيخان فى الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى لم يذكر فى الكتاب وينبغى أن يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت وفى كلام المصنف ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان اعتاقا بلا بدل وهذا (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد) يعنى أن يوكل أجنبى أجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته

اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا أعقب الولاء (وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشترى) لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها اذا لم يعين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له (والالف للمولى) لانه كسب عبده (وعلى المشترى ألف مثله) ثمنا للعبد فانه فى ذمته حيث لم يصح الاداء

أى عن العبد حيث أضاف العقد اليه (اذ لا يرجع اليه الحقوق) أى لا يرجع الى المأمور حقوق العقد لانه متى أضاف العقد الى العبد فقد جعل نفسه رسولا ولا عهدة على الرسول واذا كان كذلك (فصار كانه) أى العبد (اشترى) نفسه (بنفسه) أى بلا واسطة (واذا كان اعتاقا) أى واذا كان بيع نفس العبد من العبد اعتاقا لذلك العبد (أعقب الولاء) أى أعقب الولاء للمعتق فثبت أن العبد فى هذه الصورة صار حرا وكان ولاؤه للمولى (وان لم يعين للمولى) أى وان لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد (فهو عبد للمشترى) يعنى صار ملكا له (لان اللفظ) أى لان قوله اشتريت عبدك بكذا (حقيقة للمعاوضة) أى موضوع للمعاوضة دون الاعتاق (وأمكن العمل بها) يعنى أن الحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن العمل بها (اذا لم يعين) أى اذا لم يعين فلم يقل اشتريت عبدك لاجل نفسه (فيحافظ عليها) أى فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن هنا لانه توكيل بشراء شئ بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه قلنا قد أتى الوكيل ههنا بجنس تصرف آخر لان ما وكل به كان من جنس الاعتاق على مال وما أتى به انما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفا للآمر فينفذ عليه وستجئ الاشارة من المصنف الى نظير هذا فى المسئلة الثانية (بخلاف شراء العبد نفسه) حيث يجعل للاعتاق لتعذر العمل بالحقيقة (لان المجاز) وهو كون الشراء مستعارا للاعتاق (فيه) أى فى شراء العبد نفسه (متعين) لان العبد ليس باهل أن يملك مالا فصار شراؤه نفسه مجازا عن الاعتاق أو لان نفس العبد ليست بمال فى حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لانه آدمى فى حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره والمال غير الآدمى خلق لمصالح الآدمى فلم يمكن العمل بالمعاوضة فجعل مجازا عن الاعتاق والمجوز معنى ازالة الملك فان البيع يزيل الملك بعوض الى آخر والاعتاق يزيله لا الى آخر (واذا كان معاوضة) يعنى اذا كان العقد معاوضة فيما اذا لم يعين للمولى (يثبت الملك له) أى للمشترى (والالف للمولى) أى والالف التى دفعها العبد الى المشترى حين أن وكله تكون للمولى (لانه كسب عبده وعلى المشترى ألف مثله) أى مثل ذلك الالف (ثمنا للعبد) قوله ثمنا نصب على التمييز أى من جهة أنه ثمن للعبد (فانه) أى الثمن (فى ذمته) أى فى ذمة المشترى (حيث لم يصح الاداء) لان المشترى أدى تلك الالف الى المولى من كسب عبده وكسبه ملك المولى فلا يقع ثمنا قال فى النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشترى وأما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى قال الامام قاضيخان وفيما اذا بين

يثبت بضروراته ولوازمه (قوله وان لم يعين للمولى) أى لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد (قوله لان اللفظ حقيقة للمعاوضة) أى لان قوله اشتريت عبدك بالف درهم موضوع حقيقة للمعاوضة لا للاعتاق وأمكن العمل بالحقيقة اذا لم يبين فيحافظ على المعاوضة (قوله بخلاف شراء العبد نفسه) حيث نجعله الاعتاق * وجه الورود انه لما جعل الشراء للمعاوضة حقيقة ينبغى ان يحمل على حقيقته أينما كان ولم يحمل لفظ الشراء على المعاوضة فيما اذا اشترى العبد نفسه من مولاه بالبدل بل حمل على الاعتاق ببدل لان المجاز فيه متعين لانه تعذر اعتباره بيعا حقيقة لان البيع يوجب الملك للمشترى والعبد ليس من أهله أو لان نفس العبد ليست بمال فى حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لانه آدمى فى حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره فجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيهما (قوله وعلى المشترى ألف مثله) هذا ظاهر فيما اذا وقع

لموكلى لوقوع الشراء للموكل لان العقدين يعنى الذى يقع له والذى للموكل من نوع واحد وهو المبايعة وفى الحالين أى حال

(قوله كان اعتاقا بلا بدل) أقول لان الالف المؤدى ملك المولى قبل الاعتاق لكونه كسب عبده ولا يصلح ملكه بدلا عن ملكه

بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هنالك على نمط واحد وفى الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما ههنا فاحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه و يرغب فى المعاوضة المحضة فلا بد من البيان

الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى لم يذكر فى الكتاب وينبغى أن تجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه انتهى وقال فى العناية بعد نقل ذلك عن النهاية قلت وفى كلام المصنف ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان اعتاقا بلا بدل انتهى فتامل (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره) أى من غير العبد بان وكل أجنبى أجنبيا بشراء العبد من مولاه (حيث لا يشترط بيانه) أى بيان الشراء يعنى لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته لموكلى فى وقوع الشراء للموكل (لان العقدين) يعنى الذى يقع له والذى يقع للموكل (هنالك) أى فى تلك الصورة (على نمط واحد) أى على نوع واحد وهو المبايعة والنمط النوع والطريقة أيضا (وفى الحالين) أى حال الاضافة الى نفسه وحال الاضافة الى موكله (المطالبة تتوجه نحو العاقد) فلا يحتاج الى البيان (وأما ههنا) أى فيما نحن فيه (فاحدهما) أى أحد العقدين (اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل) أى لا مطالبة فى الاعتاق على الوكيل لانه سفير (والمولى عساه) أى لعله (لا يرضاه) أى لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ فربما يتضرر به (و يرغب فى المعاوضة المحضة) أى والمولى عساه يرغب فى المعاوضة المحضة (فلا بد من البيان) اعلم أن قول المصنف ولا مطالبة على الوكيل على رواية كتاب الوكالة فى باب الوكالة بالعتق فان محمدا رحمه الله ذكر فيه أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر فى باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا فى وكالة الجامع الكبير وجه رواية الجامع أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره وهنالك يصير هو المطالب بتسليم الثمن فكذا ههنا وعن عيسى بن أبان قال الصحيح أن الثمن على العبد لان الوكيل من جانب العبد فى العتق سفير ومعبر لانه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الآمر وليس اليه من قبض المعقود عليه شئ فلا تتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل ألا يرى أن المولى لو كان هو الذى أمر الرجل ببيع نفس العبد من العبد بالف درهم الى العطاء فباعه الوكيل بهذه الصفة يجوز البيع والالف عليه الى ذلك الاجل والذى يلى قبض

الشراء للمشترى وأما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى اعتق هل يجب على العبد ألف أخرى قال الامام قاضيخان فى الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى لم يذكر فى الكتاب و ينبغى أن يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه (قوله بخلاف الوكيل بشراء العبد عن غيره) أى بخلاف ما لو وكله غير العبد أن يشتريه له فانه يصير مشتريا للآمر سواء أعلم الوكيل البائع انه اشتراه لغيره أو لم يعلمه وههنا ما لم يعلمه انه يشترى العبد لا يصير مشتريا للعبد لان العقدين ثمة على نمط واحد فى الحالين شراء وفى الحالين المطالبة متوجهة الى الوكيل فلا يحتاج الى البيان وهنا أحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير فلا ترجع الحقوق اليه وربما يرضى السيد باحدهما دون الآخر وفى الجامع الصغير للتمرتاشى والمطالب بالثمن الوكيل وفى رواية العبد وفى باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة العبد يعتق والمال على الوكيل * وهكذا ذكر فى وكالة الجامع الكبير واذا وجب المال على الوكيل يرجع الوكيل على العبد * ووجه رواية الجامع ان توكيله بشراء العبد للعبد كتوكيله بشراء العبد لغير العبد وهنالك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا * وعن عيسى بن أبان رحمه الله قال الصحيح ما ذكر فى هذا الموضع دون ما ذكر فى الجامع لان الوكيل من جانب العبد فى العتق سفير ومعبر فانه لا يستغنى من اضافة العقد الى الآمر وليس له من قبض المعقود عليه شئ فلا تتوجه المطالبة بتسليم البدل (قوله

الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله تتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان أما ما نحن فيه فان أحدهما اعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه لا يرضاه أى لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ وربما يتضرر به والآخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب فى المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وشبه المصنف عسى بكاد فاستعمله استعماله وقوله (ولا مطالبة على الوكيل) هو رواية كتاب الوكالة فى باب الوكالة بالعتق ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر فى باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا ذكر فى وكالة الجامع الكبير ووجهه أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره وهنالك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا ووجه الاول وهو الصحيح أن الوكيل من جانب العبد فى عتقه سفير فانه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الآمر وليس اليه من قبض المعقود عليه شئ فلا يتوجه عليه شئ من المطالبة بتسليم البدل

(ومن)

قال (ومن قال لعبد اشتر لى نفسك من مولاك الخ) هذه هى المسئلة الثانية ومن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما أن يضيف العقد الى موكله أو الى نفسه أو أطلق فان أضافه الى موكله بان قال بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد أو العبد للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لانه أجنبى عن ماليته لانها لمولاه حتى لو أقر بها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من أموال المولى وكتوكيل أجنبى بشراء نفسه (الا أن ماليته) يعنى هو أجنبى عن ماليته الا أنها بيده حتى لو أراد المولى أن يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهى بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه فان قلت الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا فى قبض الوكيل انه ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز أجيب بان كون مالية العبد فى (٦٥) يده أمر حسى لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتبارى فجاز أن لا يعتبر وفيه نظر فان مالية العبد أمر اعتبارى وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل أمر حسى لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب أن يقال القبض أمر حسى اذا قام بمكان لا يجعل فى غيره الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة وأما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه

(ومن قال لعبد اشتر لى نفسك من مولاك فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل فهو للآمر) لان العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لانه أجنبى عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا أن ماليته فى يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع

الالف هو المولى دون الوكيل فكذا ههنا كذا ذكره الامام المحبوبى (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن قال لعبد اشترى لى نفسك من مولاك) هذه هى المسئلة الثانية من المسئلتين اللتين يشملهما هذا الفصل فمن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما أن يضيف العبد العقد الى موكله أو الى نفسه أو أطلق فان أضافه الى موكله (فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل) أى ففعل المولى ذلك (فهو) أى العقد أو العبد (للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لانه) أى العبد (أجنبى عن ماليته) لانها لمولاه حتى لو أقر بها لغيره لم يصح (والبيع يرد عليه) أى على العبد (من حيث انه مال) لا من حيث انه آدمى فكان توكيله بشراء نفسه كتوكيله بغيره من أموال المولى أو كتوكيل أجنبى بشراء نفسه قال شمس الائمة أما صحة هذا التوكيل فلان العبد مخاطب له عبارة ملزمة كالحر وانما يصلح الحر أن يكون وكيلا لغيره بالشراء باعتبار أن له عبارة صحيحة فكذلك العبد (الا أن ماليته فى يده) استثناء من قوله لانه أجنبى عن ماليته يعنى أن مالية العبد فى يد نفسه (حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع) فانه لو أراد البائع أن يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لان ماليته فى يده لكونه مأذونا له فصار كالمودع اذا اشترى الوديعة وهى بحضرته لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن) لكونها مسلمة اليه قال تاج الشريعة فان قلت الاحتراز عن هذا غير ممكن فلا يصير تسليمها يسقط حق الحبس كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز قلت الشرع لا يرد بالمحال وكون المالية ههنا فى يد العبد أمر حسى لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتبارى فجاز أن لا يعتبر انتهى أقول كل واحد من سؤاله وجوابه منظور فيه أما السؤال فلان قوله كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل فى أثناء هذا السؤال مخل بالمقصود لان حاصل هذا السؤال أن التسليم الكائن فيما نحن فيه لا يسقط حق الحبس لانه تسليم ضرورى لا يمكن الاحتراز عنه وما هو

ومن قال لعبد اشترلى نفسك من مولاك فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل) أى قال بعت فهو للآمر وانما يتم البيع بقول العبد بعد ذلك قبلت وأما اذا وقع الشراء للعبد يتم العقد بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعنى نفسى بكذا بناء على أن الواحد يتولى طرفى الاعتاق على مال اذا كان المال مقدرا ولا يتولى طرفى البيع وان كان المال مقدرا (قوله حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع) كالمودع اذا اشترى الوديعة وهى

(قال المصنف حتى لا يملك البائع الحبس) أقول قال الزيلعى لكونه قابضا لنفسه بمجرد العقد كالمودع اذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه أو لغيره انتهى وفى الكافى والمبيع اذا كان فى يد الوكيل بالشراء حاضرا فى مجلس الشراء لا يكون للبائع حق الحبس لانه بنفس العقد يصير مخليا بين المبيع والمشترى فصار قابضا له بنفس الشراء وصار كالوديعة اذا اشتراها المودع لنفسه أو لغيره والوديعة حاضرة فى مجلس البيع فانه لا يكون لرب الوديعة حبسها بالثمن كذا ههنا انتهى ولعل ذكر حضور المبيع فى مجلس الشراء ليتصور الحبس فانه اذا كان فى بيت المشترى دون مجلس العقد لا يتصور ذلك غالبا الا أن الحضور شرط لعدم الحبس (قوله لكونها مسلمة اليه) أقول يعنى بالتخلية (قوله كما قلنا فى قبض الوكيل) أقول يعنى فى الفصل السابق (قوله للوكيل حق الحبس عندنا) أقول خلافا لزفر (قوله أجيب بان كون مالية العبد فى يده أمر حسى) أقول أى بمنزلة الامر الحسى لانه فى يده حقيقة فآل هذا الجواب الى ما استوجهه أيضا ويمكن أن يجاب عن قوله فان قلت الاحتراز الخ بوجه آخر وهو أن الحبس هنا يؤدى الى حبس الوكيل والموكل به ولا نظير له بخلاف حبس الوكيل عن الموكل (قوله لا مرد له) أقول أى للحبس (قوله فكان الامر بالعكس) أقول انما يكون كذلك لو كان قبض الموكل أمرا حسيا لا مرد له

فاذا أضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر

كذلك فهو عفو ولا يسقط حق الحبس كما مر فى حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن وعلى تقدير أن لا يكون قبض الوكيل قبض الموكل لا يتحقق التسليم الى الموكل هنالك فلا يكون نظير ما نحن فيه فالوجه أن يقال بدل ذلك كما قلنا فى قبض الوكيل وتوضيح المقام أن لنا قولين فى قبض الوكيل على ما مر أحدهما أن قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم اليه لكنه تسليم ضرورى لا يمكن التحرز عنه فلا يسقط حق الحبس وثانيهما أن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل فى الابتداء بل هو موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه ان حبسه وصحة التنظير على القول الاول دون الثانى وأما الجواب فلان الفرق بين كون مالية العبد فى يده وبين كون قبض الوكيل قبض الموكل بان الاول أمر حسى لا مرد له والثانى أمر اعتبارى فجاز أن لا يعتبر الثانى دون الاول مما لا يجدى طائلا فى قطع مادة السؤال المذكور لان خلاصته منع كون التسليم فيما نحن فيه مسقطا لحق الحبس بناء على كونه تسليما ضروريا لا يمكن الاحتراز عنه لا منع تحقق التسليم فيما نحن فيه وكون مالية العبد مما لا مرد له انما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا منع كون التسليم فيه مسقطا لحق الحبس كما لا يخفى وانما تأثير الفرق المزبور بالنظر الى ما أدرجه فى أثناء السؤال المذكور من المقدمة المستدركة المخلة بالمقصود كما عرفته لا بالنظر الى ما هو المقصود وقال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك السؤال والجواب وفيه نظر فان مالية العبد أمر اعتبارى وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل أمر حسى لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب أن يقال القبض أمر حسى اذا قام بمكان لا يجعل فى غيره الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة فاما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك سلمت اليه ولا حبس بعد التسليم الى هنا كلامه أقول فى كل واحد من نظره وجوابه الذى استصوبه بحث أما فى الاول فلان الامر الحسى الذى لا مرد له انما هو قبض الوكيل والذى عده تاج الشريعة فى جوابه أمرا اعتباريا انما هو كون قبض الوكيل قبض الموكل وأين هذا من ذلك فلم يكن الامر بالعكس كما لا يخفى وأما فى الثانى فلانه ان أراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها عنها فى نفس الامر فهو مع كونه ممنوعا فى نفسه مناف لما قاله سابقا فى النظر من أن مالية العبد أمر اعتبارى وكونها بيده كذلك وان أراد بذلك عدم انفكاكها عنها فى اعتبار أهل الشرع فللسائل أن يقول لم لا يجوز أن يترك أهل الشرع هذا الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما فى قبض الوكيل على أن حاصل هذا الجواب أيضا الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية العبد بان الانفكاك جائز فى الاول دون الثانى فتعين التسليم ههنا دون الاول وهذا انما يدفع منع تحقق التسليم ههنا وقد عرفت أن خلاصة السؤال المذكور منع كون التسليم هنا مسقطا لحق الحبس لا منع تحقق التسليم ههنا فلا يتم ما ذكره جوابا عنه اللهم الا أن يكون مراده الصواب فى الفرق بين الصورتين أن يقال كما ذكره لا الصواب فى الجواب عن أصل السؤال أن يقال كذا لكنه بعيد عن ايفاء حق المقام والاشبه فى تقرير ذلك السؤال وتعيين الجواب عنه ما ذكره صاحب الكفاية حيث قال فان قيل وقوع المالية فى يد العبد ضرورى لا يمكن الاحتراز عنه للمولى فكان كالوكيل له ولاية حبس المبيع عن الموكل وان كانت يده كيد الموكل حكما لانه لا يمكن الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا فى جنس الوكالات ولكن يمكن للبائع التحرز عنه فى جنس الوكالة بان باع عبده لوكيل لا يشترى نفسه انتهى (فاذا أضافه) أى أضاف العبد العقد (الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر) هذا نتيجة الدليل تقريره ان العبد يصلح وكيلا عن

بحضرته لم يمكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن * فان قيل وقوع المالية فى يد العبد ضرورى لا يمكن الاحتراز عنه للمولى فكان كالوكيل له ولاية حبس المبيع عن الموكل وان كان يده كيد الموكل حكما لانه لا يمكنه الاحتراز عنه * قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا فى جنس الوكالات ولكن للبائع التحرز عنه فى حبس الوكالة بان باع عبده بوكيل لا يشترى نفسه ولان يد الوكيل يد نفسه حسا ويد الموكل شرعا وتقديرا بحكم

فاذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك سلمت اليه ولا حبس بعد التسليم (قوله فاذا أضافه الى الآمر) نتيجة الدليل وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لانه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره فى شراء مال اذا أضاف العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فالعبد اذا أضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد له قياسا على حر توكل بشئ وفعله وقوله (نفعل فهو للآمر) يشير الى أن العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكره فى الجامع من أن اضافة العقد الى الموكل انما تفيده الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعنى نفسى من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على أن الواحد لا يتولى طرفى العقد بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما يأتى فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول

العبد بعنى نفسى فان قلت اذا أضاف الى الموكل فمن المطالب بالثمن أجيب بانه فى ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت قد يكون محجورا عليه ومثله لا ترجع اليه الحقوق أجيب بان الحجر زال بالعقد الذى باشره مع مولاه فان المباشرة تستدعى تصور صحة المباشرة وهو اذن وان اضافه الى نفسه فقال بعنى نفسى منى فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضى به المولى دون المعاوضة فان قيل العبد وكيل بشراء شئ بعينه فكيف جاز له أن يشترى لنفسه أجاب بقوله لكنه أتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم وان أطلق فقال بعنى نفسى ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتثال وغيره فلا يجعل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل فى التصرف أن يقع عمن باشره وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة وأجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم تكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهى اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضى المولى بذلك واليه أشار بقوله وقد رضى به المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهى خارجة عن مفهوم اللفظ

(وان عقد لنفسه فهو حر) لانه اعتاق وقد رضى به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء شئ معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفى مثله ينفذ على الوكيل

غيره فى شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره فى شراء مال اذا أضاف العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فالعبد اذا أضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر ثم اعلم أن قوله فى الكتاب فتعل فهو للآمر يشير الى أن العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكر فى الجامع من أن اضافة العقد الى الموكل انما تفيده الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعنى نفسى من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت وهذا بناء على أن الواحد لا يتولى طرفى البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما سيأتى فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفى الاعتاق اذا كان المال مقدرا فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعنى نفسى فان قيل اذا أضاف العبد العقد الى الآمر فمن المطالب بالثمن قلنا العبد لانه العاقد فيجب الثمن عليه الا أنه يرجع به على الآمر فان قلت قد يكون العبد محجورا عليه ومثله لا ترجع اليه الحقوق قلت زال الحجر ههنا بالعقد الذى باشره مع مولاه فان المباشرة تستدعى تصور صحة المباشرة وهو اذن (وان عقد لنفسه) أى ان أضاف العقد الى نفسه فقال بعنى نفسى منى فقال المولى بعت (فهو حر لانه اعتاق) لما تقدم (وقد رضى به المولى) لانه علم أن بيع العبد منه اعتاق (دون المعاوضة) أى لم يرض بها فلا يقع العقد للآمر ولما استشعر أن يقال العبد وكيل بشراء شئ بعينه فكيف جاز له أن يشترى لنفسه أجاب بقوله (والعبد وان كان وكيلا بشراء شئ معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر) وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا (وفى مثله ينفذ على الوكيل) فان الوكيل بشراء شئ بعينه اذا خالف فاتى بجنس تصرف

النيابة فامكن أن يجعل يد الوكيل يد نفسه فى حق الحبس ويد موكله فى حق الضمان حتى هلك من مال الموكل اعتبارا للجهتين فاما العبد فى قبض ماليته ليس بنائب عن مولاه بل خرج العبد عن يد مولاه حقيقة وحكما بالبيع ولهذا لو هلك لم يهلك من مال المولى فلم يبق له حق الحبس لهذا (قوله والعبد وان كان وكيلا بشراء شئ معين) جواب سؤال وقد ذكر السؤال والجواب فى الفوائد الظهيرية * فان قيل العبد هنا وكيل بشراء شئ بعينه والوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك الشراء لنفسه خصوصا فى فصل الاطلاق أولى ان لا يقع الشراء لنفسه لانه لما لم يقع الشراء للوكيل عند التصريح بانه يشترى لنفسه لما مر أولى ان لا يقع لنفسه عند الاطلاق * قلنا هذا اذا لم يتنوع التصرف أما اذا تنوع فلا والموجود من العبد بتقدير الاضافة الى الموكل شراء وبتقدير الاطلاق أو الاضافة الى نفسه قبول الاعتاق (قوله وفى مثله ينفذ على الوكيل) كما اذا صالح الوكيل عن دعواه على ذلك العين أو خلع امرأته على ذلك أو استوهبه فوهبه المالك منه أو اشتراه باكثر من الثمن الذى

(قوله فينفذ عليه كما تقدم) أقول يعنى فى الفصل السابق (قوله وهى اضافة العبد العقد الخ) أقول فيه أن الكلام فى الاطلاق عن الاضافة الى نفسه والى الموكل (قوله ورضى المولى بذلك) أقول ان أراد رضى المولى مطلقا فمسلم لكن لا يصلح أن يكون دافعا للمعنى الحقيقى وان أراد رضاه به دون المعاوضة فغير مسلم لان رضاه بالاعتاق دون المعاوضة انما يصح أن لو تعين المعنى المجازى اذا أطلق وهل النزاع الا فيه (قوله بذلك) أقول أى بالمعنى المجازى (قوله لانا نقول الاحتمال انما هو الخ) أقول فيه أن المعنى الحقيقى متعين من حيث اللفظ اذا قطع النظر عن القرينة (قال المصنف وكذا لو قال بعنى نفسى الخ) أقول لا يقال البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغى أن يحمل على الحقيقة عند التردد اذ الحمل على الحقيقة هو الاصل بالاتفاق ولانا نقول الاصل أن الانسان يتصرف لنفسه فتعارض الاصلان فتساقطا فيرجع الى غرض المولى فانه لما اختلف التصرفان والظاهر أن المولى يريد الاعتاق واذ بيع العبد من نفسه مطلق اعتاق واقتصاره على اضافته الى العبد دليل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه الا الى الحرية ليثبت له الولاء

(وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر) لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

آخر ينفذ العقد على الوكيل دون الموكل كما تقرر فيما مر (وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان) أي وكذا لو أطلق العبد العقد فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك (فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين) يعني الامتثال وغيره (فلا يقع امتثالا) أي فلا يجعل امتثالا (بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه) لان الاصل في التصرف أن يقع عن بامره قال صاحب العناية وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة ألبتة وأجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضى المولى بذلك واليه أشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة انتهى أقول هذا الجواب مما لا يكاد يصح ههنا لان الكلام الآن انما هو في مسئلة الاطلاق عن الاضافة الى نفسه والى الموكل والقرينة المذكورة انما وجدت في مسئلة الاضافة الى نفسه وقول المصنف وقد رضي به المولى دون المعاوضة انما وقع فيها وقد تقدم ذكرها وليس ذلك بمورد الاعتراض ولا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه أصلا لا يقال ليس المراد بالاضافة الى نفسه التي عدت قرينة ههنا الاضافة المارة في المسئلة المتقدمة الحاصلة من قوله بعني بل الاضافة الحاصلة من قوله نفسي في قوله بعني نفسي وهذه الاضافة موجودة في مسئلة الاطلاق أيضا لانا نقول هذه الاضافة لا تصلح أن تكون قرينة للمجاز اذ لا شك أن مجرد قوله بعني نفسي لا ينافي المعاوضة بل يحتمل أن يراد به بيع نفسه من نفسه وهو الاعتاق على مال وبيع نفسه لغيره وهو المعاوضة بل الثاني هو الظاهر نظرا الى الحقيقة وقال صاحب العناية لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انتهى أقول هذا أيضا ليس بصحيح اذ لا اضافة الى نفسه فيما نحن فيه لان وضعه فيما أطلق ولم يضف الى أحد فكيف يتصور الترجيح فيه من حيث الاضافة الى نفسه وأيضا ان أراد بقوله وهي خارجة عن مفهوم اللفظ أنها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ الصادر عن العبد في هذه الصورة وهو قوله بعني نفسي فاين توجد الاضافة الى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز وان أراد بذلك أنها خارجة عن مفهوم بعض اللفظ الصادر عنه فيها وهو قوله بعني فقط فلا يجدي شيأ لان وضع المسئلة في الاطلاق مجموع ما صدر عن العبد اذ به تمتاز هذه الصورة عن صورتي الاضافة فلا بد من خروج قيد الاضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الاطلاق المفروض ويصح الاحتمال المذكور وبالجملة لا حاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما في الكتاب كما لا يخفى على ذوي الالباب والجواب الصحيح عن أصل المعارضة ما ذكره صاحبا النهاية والكفاية حيث قالا فان قيل ينبغي أن يقع الشراء للموكل عند الاطلاق لان اللفظ لحقيقته في الاصل فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي أن يحمل على الحقيقة كما هو الاصل وفيما نحن فيه لو وقع الشراء لموكله كان الشراء معمولا على حقيقته وهي المعاوضة ولو وقع للعبد كان معمولا بمجازه لانه غير موضوع للاعتاق بل هو موضوع للمعاوضة قلنا عارضت جهة أصالة الحقيقة جهة أصالة أخرى وهي أن الاصل في تصرف الانسان ان يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرا وهو أن لا يفوت ولاء العبد منه فانه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا الغرض أو نقول لما وقع التعارض بين الاصلين رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة مباحة محضة انتهى

عينه أو بخلاف جنس ذلك الثمن (قوله لان المطلق يحتمل الوجهين) * فان قيل ينبغي ان يقع الشراء للموكل عند الاطلاق لان اللفظ لحقيقته في الاصل فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي أن يحمل على الحقيقة كما هو الاصل وفيما نحن فيه لو وقع الشراء لموكله كان الشراء معمولا على حقيقته وهي المعاوضة ولو وقع

*(فصل

(فصل في البيع) لما فرغ من بيان أحكام الشراء بانواعه ذكر أحكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم الشراء ثمة فهو وجه تاخير فصل البيع قال (الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده الخ) اذا وكل شخصا بالبيع أو الشراء أو بهما لا يجوز له أن يعقد مع من لا تقبل شهادته له اذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشيئة عند أبي حنيفة رحمه الله بمثل القيمة (وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده أو مكاتبه) وعبارة الكتاب تدل على أن البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ولا بد من تقرير الاقوال قبل الدلائل فنقول عقد الوكيل

بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة في البيع وباقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى ما ذكر في الذخيرة جائز عندهما وبمثل القيمة عندهما جائز باتفاق الروايات غير جائز عند أبي حنيفة في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جائز اذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في جانبهما قوله لان التوكيل مطلق أي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة

(فصل في البيع) قال (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده أو مكاتبه)

(فصل في البيع) لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم فصل الشراء ثمة فهو وجه تاخير فصل البيع هنا كذا في الشروح أقول لقائل أن يقول قد ذكر في هذا الفصل كثير من أحكام التوكيل بالشراء ولم يذكر ذلك في الفصل المتقدم منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجده الخ فان الحكم فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء ومنها قوله والتوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله فان الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء ومنها قوله وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ فان الحكم فيه أيضا حكم التوكيل بالشراء فقولهم لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع محل مناقشة ويمكن الجواب بنوع عناية فتامل (قال) أي القدوري في مختصره (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له) أي وسائر من لا تقبل شهادته له كولده وولد ولده وزوجته وعبيده ومكاتبه صرح القدوري في مختصره بهذه الامثلة الا أن المصنف قصد الاجمال فقال بدلها ومن لا تقبل شهادته له قال الشارح العيني في تمثيل قوله ومن لا تقبل شهادته له مثل ابنه وأخيه أقول في تمثيله للثاني خبط ظاهر فانه تقبل شهادة الاخ لاخيه بلا خلاف كما مر في كتاب الشهادة (عند أبي حنيفة رحمه الله) والمراد بعدم جواز البيع والشراء مع هؤلاء عند أبي حنيفة عدم جواز ذلك عنده في مطلق الوكالة وأما اذا قيد الوكالة بعموم المشيئة بان قال بع ممن شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف بخلاف البيع من نفسه أو من ابن صغير له حيث لا يجوز وان قال ذلك كذا صرح به في المبسوط ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية (وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) قال بعضهم تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء والا ففيه خلاف أيضا وقال صاحب النهاية خص قولهما في الكتاب في حق جواز البيع منهم بمثل القيمة وكذلك في شرح الطحاوي فكان فيه اشارة الى أنه لا يجوز عندهما أيضا في الغبن اليسير والا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة ولكن ذكر في الذخيرة أن البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما فكان الغبن اليسير ملحقا بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيها

الشراء للوكيل كان الشراء معمولا بمجازه لان الشراء غير موضوع للاعتاق بل هو موضوع للمعاوضة قلنا عارضت جهة اصالة الحقيقة جهة اصالة أخرى وهي ان الاصل في تصرف الانسان ان يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرا وهو أن لا يفوت ولاء العبد منه فانه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا الغرض أو نقول لما وقع التعارض بين الاصلين رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة مباحة محضة

(فصل في البيع) (قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند

(فصل في البيع) قال المصنف (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده الخ) أقول اذا كان البيع منهم بدون يسير لا يجوز على ما ذكر في شرح الطحاوي موافقا لما في الهداية وذكر في الذخيرة أن ذلك يجوز عندهما وهو مقتضى الدليل المذكور في الكتاب (قوله عند أبي حنيفة بمثل القيمة) أقول متعلق بقوله أن يعقد (قال المصنف وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) أقول تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء والا ففيه خلاف كما يعلم من الشروح (قوله وعبارة الكتاب) أقول المراد منه قوله بمثل القيمة (قوله يدل على أن البيع منهم بغبن يسير لا يجوز) أقول الا أن دليلهما يقتضي جوازه فالظاهر حمل ما في الكتاب على رواية الذخيرة والحاق الغبن اليسير بمثل القيمة (قوله وعكسه غير جائز) أقول يعني بغبن فاحش (قوله كذلك) أقول يعني بلا خلاف (قوله والمطلق يعمل باطلاقه) أقول صرح الشارح في كتاب الرجوع عن الشهادة بان الاطلاق كـ كلمة كل فتذكر

ولاتهمة ههنالانها اماأن تكون من حيث ايثار العين أو المالية وليس شئ منهما بموجود أما الاول فلان الاملاك متباينة حيث يحل للابن وطء جارية نفسه ولولم يكن ملكه متباينا عن ملك أبيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له وطؤها ولا يحل له وطء جارية أبيه والمنافع منقطعة فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع وأما الثانى فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه واذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما فى البيع من الاجنبي وانما لم يجز من عبده يعنى الذى لادين عليه لانه بيع من نفسه لان مافى يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذاتولى طرفيه كان مسترِيدا

مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصما فى العيب وفى ذلك من التقابل الذى لا يتحقق قيام مقابليه بمحل واحد فى حالة واحدة وكذا للمولى حق فى أكساب المكاتب حتى لاتصح تبرعاته ولا تزويج عبده و ينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابى حنيفة رحمه الله القول

لان التوكيل مطلق ولاتهمة اذالاملاك متباينة

الوكيل بالبيع اذاباع ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلاخلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لايجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لايجوز عند أبى حنيفة وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن أبى حنيفة روايتان فى رواية الوكالة والبيوع لايجوز وفى رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لاتقبل شهادته له بغبن يسير لايجوز عند أبى حنيفة وبيعه منه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة يجوز بلاخلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند أبى حنيفة باتفاق الروايات فابو حنيفة فرق على رواية الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل انتهى كلامه فان قيل ماوجه الفرق لابى حنيفة على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث جوز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أولم يظهر مع أن له قبل ظهور الربح حكم الوكيل أجيب بان وجهه أن المضارب أعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه وقد يكون نائبا محضا فى بعض الاحوال فلشبهه بالمستبد بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه بالنائب لم يجز تصرفه معهم بغبن يسير فاما الوكيل فنائب محض فى تصرف خاص فيكون متهما فى تصرفه مع هؤلاء فى حق الموكل وان كان بمثل القيمة (الامن عبده أومكاتبه) فانه لايجوز عندهما أيضا قيد فى المبسوط بقوله الامن عبده الذى لادين عليه لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه اشارة الى أنه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عند تعميم المشبه كذا فى النهاية ومعراج الدراية قال بعض الفضلاء فيه تامل فان العبد الذى عليه دين محيط بما فى يده ملك لمولاه عند أبى يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة انتهى أقول نعم ان العبد الذى عليه دين محيط بماله ورقبته يملك مولاه مافى يده عندهما الا أنه يتعلق به حق الغرماء حتى لو أعتق مولاه من كسبه عبدا يعتق عندهما ولكن يضمن قيمته للغرماء وأما عند أبى حنيفة فلا يملك مولاه مافى يده ولو أعتق من كسبه عبدا لا يعتق ففائدة التقييد تظهر بناء على تعلق حق الغرماء بما فى يده عندهما أيضا حتى يصير مولاه ممنوعا عن أن ينتزعه من يده ولهذا جاز بيع العبد المأذون الذى عليه دين من مولاه شيأ من أكسابه وبيع مولاه منه شيأ من أمواله عندهم جميعا ولم يجز بيع العبد المأذون الغير المديون شيأ من مولاه ولا بيع مولاه شيأ منه عندهم أصلا وسينكشف ذلك كله فى كتاب المأذون فقوله فى المبسوط لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه أن كسبه ملك خالص لمولاه لم يتعلق به حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه بخلاف العبد المديون قال المصنف فى تعليل ماذكر فى الكتاب من جانبهما (لان التوكيل مطلق) أى عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضى موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة (ولاتهمة ههنا) لانها اماأن تكون من حيث ايثار العين أو من حيث ايثار المالية وليس شئ منهما بموجود أما الاول فلماذكره بقوله (اذ الاملاك متباينة) ألا يرى انه يحل للابن وطء جارية نفسه ولا يحل له وطء جارية

أبى حنيفة رحمه الله) وفى الذخيرة الوكيل بالبيع اذاباع ممن لاتقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز

(قوله لانها اماأن تكون من حيث ايثار العين الخ) أقول أى من حيث ايثار هؤلاء بالعين أو بالمالية فيه بحث بل الظاهر أن المراد ايثار نفسه باحدهما (قوله أما الاول فلان الاملاك متباينة الخ) أقول فلانفع له فى ايثار العين فلاتهمة (قوله ولا يحل له وطء جارية أبيه) أقول فيه بحث (قوله وأما الثانى فلان التقدير الخ) أقول ولانه ايثار لنفسه بالمالية ثم ان المفهوم من تعليله انه لولم يقدر بمثل القيمة لوجد ايثار المالية لنفسه وليس كذلك ولا مجال لحمل كلامه على ايثار من ترد شهادته له كماهو مقتضى تقدير بعض الشروح وهو الظاهر لان قوله وليس شئ منهما بموجود يمنع عن الحمل عليه والجواب أن المراد من قوله وليس شئ منهما أى التهمتين من تينك الحيثيتين فتأمل (قوله يعنى الذى لادين عليه) أقول فيه تأمل فان العبد الذى عليه دين محيط بما فى يده ملك لمولاه عند أبى يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة (قوله لان الواحد اذا تولى طرفيه الخ) أقول ولان فيه مانع التهمة وهو ايثار العين لكن ماذكره الشارح أعم حيث ينفى جوازه وان صرح به الموكل الا انه بقى فيه بحث لان الاب والوصى يتوليان طرفى العقد كما اذا اشترى الاب مال ولده الصغير لنفسه أو باع ماله منه وكذا الوصى الا أن يقال تعدد الجهة يجوز للاجماع فليتأمل (قوله وفى ذلك من التقابل الذى لا يتحقق قيام مقابليه) أقول الضمير فى قوله مقابليه راجع الى التقابل

والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان مافى يد العبد للمولى وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب و ينقلب حقيقة بالعجز وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف

أبيه ولولم يكن ملكه متباينا عن ملك أبيه لكانت جاريته جارية مشتركة ولما حل له وطؤها كما لايحل له وطء جارية أبيه (والمنافع منقطعة) لان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واذا كان الامر كذلك فلانفع له من حيث ايثار العين فلاتهمة وأما الثانى فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه فاذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما فى البيع من الاجنبي (بخلاف العبد) يعنى الذى لادين عليه لما عرفت (لانه بيع من نفسه) أى لان بيع الوكيل من مثل ذلك العبد بيع من نفسه (لان مافى يد العبد) أى مافى يد مثل ذلك العبد (للمولى) أى ملك خالص للمولى لاحق فيه للغير فصار البيع منه بيعا من نفسه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذاتولى طرفى البيع كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصما فى العيب وفيه من التضاد مالا يخفى (وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب) حتى لاتصح تبرعاته ولا تزويج عبده (و ينقلب حقيقة بالعجز) يعنى وقد ينقلب حق المولى فى كسب المكاتب الى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فصار كالعبد (وله) أى ولابى حنيفة (ان مواضع التهمة مستثناة من الوكالات) يعنى سلمنا أن التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت مواضع أمانة (وهذا) أى مانحن فيه (موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة) أى فيما بينهم (ولان المنافع بينهم متصلة) لان كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه (فصار) أى بيع الوكيل من هؤلاء (بيعا من نفسه من وجه) فكان فيه تهمة ايثار العين قال صاحب العناية فى شرح دليل أبى حنيفة ههنا ولابى حنيفة القول بالموجب أقول ليس الامر كذلك لان القول بالموجب على ماتقرر فى كتب الاصول التزام مايلزمه المعلل مع بقاء الخلاف وههنا ليس كذلك لان حاصل التعليل المذكور من قبلهما أن التوكيل مطلق والتهمة منتفية لتباين الاملاك وانقطاع المنافع وحاصل ماذكر من قبله أن التهمة متحققة والمنافع متصلة والظاهر أن مآل هذا منع لما علل به من قبلهما لا تسليم والتزام له فلم يكن له من القول بالموجب فى شئ نعم فيه تسليم لمقدمة واحدة من التعليل المذكور وهى أن التوكيل مطلق لكن لا يتم بها وحدها مطلوبهما فلا يكون تسليمها تسليما للتعليل المذكور من قبلهما كما لا يخفى قال المصنف (والاجارة والصرف على هذا الخلاف) يعنى أن الوكالة بالاجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكانا مما يظن عدم جوازه مع هؤلاء بالاجماع فبين أن الحكم فيهما كالحكم فيما سواهما كذا فى

بلاخلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لايجوز بالاجماع فان كان بغبن يسير لايجوز عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن أبى حنيفة رحمه الله روايتان فى رواية الوكالة والبيوع لايجوز وفى رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لاتقبل شهادته بغبن يسير لايجوز عند أبى حنيفة رحمه الله وبيعه منه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة يجوز بلاخلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله باتفاق الروايات فابو حنيفة رحمه الله فرق على رواية الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل والفرق ان المضارب أعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه وقد يكون نائبا محضا فى بعض الاحوال فلشبهه بالمستبد بالتصرف قلنا يجوز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه بالنائب قلنا لايجوز تصرفه معهم بغبن يسير فاما الوكيل فنائب محض فى تصرف خاص فيكون متهما فى تصرفه مع هؤلاء فى حق الموكل وان كان بمثل القيمة

بالموجب يعنى سلمنا أن التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت موضع أمانة وهى موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين فان قيل ما الفرق لابى حنيفة رحمه فى تجويز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أولم يظهر مع أن له قبل ظهوره حكم الوكيل أجيب بان المضارب أعم تصرفا من الوكيل فقد

(قوله وهى موجودة ههنا) أقول قوله وهى راجع الى التهمة فى قوله لكن مواضع التهمة مستثناة (قال المصنف ولان المنافع بينهم متصلة) أقول هذا الدليل لايجرى فى الاخير

يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز أن يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا الى جهة استبداده والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكانا مما يوهم عدم جوازهما مع هؤلاء فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض) الوكيل بالبيع يجوز أن يبيع بثمن قليل وكثير و بعرض عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف عرفا اذ التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل و بالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد و بالجمد بسكون الميم ماجمد من الماء لشدة البرد تسمية للاسم بالمصدر بايام الصيف وبالاضحية بايام النحر أو قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة رحمه الله القول بالموجب أي سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجرى على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع

قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير) لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل و بالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة

الشروح أقول السلم أيضا شرع على خلاف القياس وله شروط مخالفة للغير فكان الاحسن أن يذكره المصنف معهما كما قال في المختلف حيث قال فيه بعد بيان الخلاف المذكور والسلم والصرف والاجارة على هذا الخلاف (قال) أي القدوري في مختصره (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة) ويجوز بيعه باجل غير متعارف أيضا عنده صرح به في الذخيرة وغيرها واقب هذه المسئلة الوكيل بالبيع مطلقا ملك البيع بما عزوهان و باي من كان والى أي أجل كان متعارفا وغير متعارف كذا قالوا (وقالا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه) أي لا يجوز بيعه بغبن فاحش و يجوز بغبن يسير (ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير) أي لا يجوز الا بالنقود وكذا لا يجوز بيعه عندهما الا بأجل متعارف قال في الذخيرة واذا باع بأجل متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة جاز عند علمائنا وان باع باجل غير متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة بان باع مثلا الى خمسين سنة أو ما أشبه ذلك فعلى قول أبي حنيفة يجوز وعلى قول أبي يوسف ومحمد لا يجوز وقال انما يجوز البيع بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد فاما اذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة نحو أن يقول بع هذا العبد فاقض ديني أو قال بع فان الغرماء يلازمونني أو قال بع فاني أحتاج الى نفقة عيالي ففي هذه الصور ليس له أن يبيع بالنسيئة اه قال المصنف في تعليل ماذكر في الكتاب من جانبهما (لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف) أي بما هو متعارف بين الناس (لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها) أي فتتقيد التصرفات بمواقع الحاجات (والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا) أي ولاجل تقيد التصرفات بمواقعها (يتقيد التوكيل بشراء الفحم) وفي بعض النسخ اللحم مكان الفحم لكن الفحم أليق لقران قوله بزمان الحاجة اذ كل الازمان زمان الحاجة الى اللحم كذا في النهاية ومعراج الدراية (والجمد) بسكون الميم لا غير هو ما جمد من الماء فكان فيه

(قوله وقالا لا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) والغبن اليسير ملحق بمثل القيمة على قولهما كذا ذكر في الذخيرة (قوله اذ الاملاك متباينة) دل عليه انه يحل للابن وطء جاريته ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك أبيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل وطؤها حينئذ وقال أبو حنيفة رحمه الله قدر ذلك التباين لما لم يؤثر في قبول الشهادة علمنا ان ذلك القدر من التباين وجوده كعدمه في مواضع التهمة (قوله والاجارة والصرف على هذا الخلاف) وكذا السلم خصهما بالذكر لان شرعية الاجارة على منافاة الدليل لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة فيزداد انتفاء شرعيتها بعقد الاجارة مع من لا تقبل شهادته فيجب ان لا تجوز اجارة الوكيل معهم بالاجماع وكذلك عقد الصرف يتوقف على شرائط ولما كان يجب ان لا تجوز اجارة الوكيل مع من لا تقبل شهادته بالاجماع وكذا السلم فتبين بهذا انهما أيضا على الاختلاف (قوله ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الجمد والفحم والاضحية) التوكيل بشراء الفحم يتقيد بايام البرد في تلك السنة والتوكيل بشراء الجمد بايام الصيف في

(قال المصنف فتتقيد بمواقعها) أقول فيه بحث (قوله فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما) أقول قوله فيما سواهما متعلق بقوله هو وقوله كهو متعلق بقوله الحكم (قوله لكن المطلق يجرى على اطلاقه الخ) أقول الاوجه أن يوجه بان التوكيل بالبيع مطلق والعرف العملي لا يصلح لتقييد المطلق كما قالوا في كتاب الايمان بل الذي يصلح للتقييد هو العرف اللفظي ولو سلم فالعرف العملي مشترك فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض فليتامل ثم أقول يصرح في أوائل فصل الشراء في دليل مسئلة اجماعية بان العرف أملك فلا مخالفة لان مراده به ولان

(قوله والبيع بالغبن) تنزل في الجواب يعني سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن أو بالعين أي العرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها وعند التبرم من العين وعند ذلك لا يبالى بقلة الثمن وكثرته فكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا لاحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه أو تظهر مكابرته والمسائل المذكورة مروية عن أبي يوسف رحمه الله على ذلك الوجه وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فهي على اطلاقها والبيع بالغبن أو العين بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن أو العين فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض بانه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحما فأكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشترى لا على الآمر وأجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب كذلك وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا أما حقيقة فظاهر وأما عرفا فيقال بيع رابح و بيع خاسر فان قيل لو كان ذلك بيعا من كل وجه لملكه الاب والوصي أجاب بقوله غير أن الاب

ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجرى على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله على ما هو المروى عنه

تسمية للاسم بالمصدر كذا في الصحاح والديوان (والاضحية بزمان الحاجة) متعلق بيتقيد أي يتقيد التوكيل بشراء هذه الامور بزمان الحاجة فيتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد و بشراء الجمد بايام الصيف و بشراء الاضحية بايام النحر أو قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر (ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه) وهو ظاهر (وهبة من وجه) ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وهو وكيل بالبيع دون الهبة (وكذا المقايضة) أي البيع بالعرض (بيع من وجه وشراء من وجه) لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء (فلا يتناوله) أي فلا يتناول البيع بغبن فاحش و بيع المقايضة (مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي) لان المطلق ينصرف الى الكامل (ولابي حنيفة ان التوكيل بالبيع مطلق) أي غير مقيد بشئ (فيجرى) أي يجرى المطلق (على اطلاقه في غير موضع التهمة) فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولابي حنيفة القول بالموجب أي سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجرى على اطلاقه في غير موضع التهمة أقول هذا أقبح مما قاله في المسئلة الاولى اذ لم يقل الخصم ههنا قط أن التوكيل بالبيع مطلق بل قال ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف يعني أن ما هو في صورة الاطلاق من الآمر فهو مقيد في الحقيقة بالمتعارف فلم يقع منه الحكم بان التوكيل بالبيع مطلق حتى يصير محلا للمنع أو التسليم فلا يتصور أن يكون ما ذكر من قبل أبي حنيفة ههنا قولا بالموجب بتسليم أن التوكيل بالبيع مطلق والحق ان حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الامر ههنا مقيدا بالمتعارف بناء على قاعدة لزوم اجراء المطلق على اطلاقه في غير موضع التهمة وان حاصل معنى قوله (والبيع بالغبن أو بالعين) أي العرض (متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم) أي السآمة (من العين) تنزل في الجواب من المنع المذكور يعني سلمنا أن مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن أو العين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها وعند التبرم من العين وفي هذا لا يبالى بقلة الثمن وكثرته ونقدية الثمن وعرضيته فكان العرف مشتركا فلم يصلح حجة لاحد الخصمين على الآخر (والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة على ما هو المروى عنه) أي المسائل المستشهد بها من قبل الخصم وهي مسائل شراء الفحم والجمد والاضحية ليست بمسلمة على قول أبي حنيفة بل هي مروية عن أبي يوسف على ذلك الوجه وأما عند أبي حنيفة فهي على اطلاقها لا تتقيد بزمان الحاجة قال في غاية البيان ولئن سلمنا أنها تتقيد على قول أبي حنيفة أيضا فنقول انما تتقيد بدلالة الغرض

تلك السنة والتوكيل بشراء الاضحية بايام النحر في تلك السنة أو قبلها (قوله ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه) حتى لو حصل من المريض يعتبر من الثلث ولا يملكه الاب والوصي وهو وكيل بالبيع المطلق دون الهبة وكذلك المقايضة بيع من وجه شراء من وجه وهو وكيل بالبيع المطلق فلا يدخل تحت الامر (قوله والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله) والمسائل مروية عن أبي يوسف رحمه الله

والوصي لا يملكانه ومعناه أن كلا منا في الامر المطلق بالبيع وهما ليسا مامورين سلمنا ذلك لكن ليس أمرهما مطلقا بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ولا نسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء

العرف اللفظي لا العملي (قوله أو لغيرها) أقول مختص بالبيع بالغبن (قوله بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه) أقول من قوله فتتقيد بمواقعها (قوله ان كلا منا في الامر المطلق الخ) أقول في مناسبة الجواب للسؤال بحث يظهر بملاحظة السؤال ومورده

من كل وجه لوجود حد كل منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع وكل ماصدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوصلا به الى تحصيل ملك غيره له والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة فالبيع والشراء يطلقان على

وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير أن الاب والوصي لا يملكانه مع أنه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما

لا بدلالة العادة لان الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين أو تربص الجمد كالفقاعين لا يتقيد التوكيل كذا قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وكذا التوكيل بالاضحية يتقيد بايام النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة انتهى وقال في الكافي ولانه مطلق في حق الوقت لا عام فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مرادا فلم يبق غيره مرادا فاما هذا فعام انتهى وهكذا ذكر في الكفاية أيضا (وأنه) أي البيع بالغبن (بيع من كل وجه) جواب عن قولهما ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه يعني لا نسلم أنه كذلك بل هو بيع من كل وجه (حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به) أي بالبيع بغبن فاحش فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض عليه بانه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع ألا يرى أنه لو حلف لا يأكل لحما فأكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر وأجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا أما حقيقة فظاهر وأما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر كذا في العناية أخذا من النهاية أقول في الجواب بحث لان حاصله الاعتراف باختلاف العرف في حق اليمين والبيع والتشبث بادعاء أن البيع بغبن فاحش لا يخرج عن كونه بيعا لا حقيقة ولا عرفا فيرد عليه أنه ان أريد أنه لا يخرج عن كونه بيعا من وجه فهو مسلم لكن لا يحصل به الجواب عما قالاه والكلام فيه وان أريد أنه لا يخرج عن كونه بيعا من كل وجه فهو ممنوع اذ هو أول المسئلة حيث لا يقول به الخصم بل يدعي أنه بيع من وجه وهبة من وجه ونحن بصدد الجواب عنه بمسئلة اليمين فاذا ورد الاعتراض عليه باختلاف العرف والحكم في حق اليمين والبيع فكيف يصح الجواب عنه بالمصير الى الاصل المتنازع فيه (غير أن الاب والوصي لا يملكانه) جواب عن سؤال مقدر تقريره لو كان البيع بغبن فاحش بيعا من كل وجه لملكه الاب والوصي يعني أن الاب والوصي انما لا يملكان البيع بغبن فاحش (مع أنه بيع) أي من كل وجه (لان ولايتهما) أي ولاية الاب والوصي على الصغير (نظرية) أي بشرط النظر في أمر الصغير بالشفقة وايصال النفع اليه (ولا نظر فيه) أي في البيع بغبن فاحش (والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه) جواب عن قولهما وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه يعني لا نسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه (لوجود حد كل واحد منهما) قال

فاما عند أبي حنيفة رحمه الله يعتبر الاطلاق في جميع ذلك ولانه مطلق في حق الوقت لا عام فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مرادا فلم يبق غيره مرادا فاما هذا فعام (قوله وانه بيع من كل وجه) أي البيع بالغبن أو بالعين بيع من كل وجه حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به أي البيع بالغبن أو بالعين (قوله والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه) لوجود حد كل واحد منهما جواب عن قولهما بانه بيع من كل وجه بالنسبة

عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء فيسقط ما قيل اذا كان بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فبماذا رجح أبو حنيفة رحمه الله جانب البيع وما قيل اذا كان شراء من كل وجه كان الوكيل به وكيلا بالشراء وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب أن لا تجوز المقايضة الا اذا كان ما يقابله من العرض مثله في القيمة أو باقل منه يسيرا كما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وذلك لان الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر

(قوله وهو مبادلة المال بالمال الخ) أقول فيه نظر فان الباء في قوله بالمال هي باء المقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء ثم ان أراد أن الحد المذكور حد لكل منهما على حدة كما هو المفهوم من ظاهر تقريره لزم اختلاله حيث يصدق على مقابل المعرف وان أراد أنه حد للمعنى الاعم من كل منهما يكون قوله وكل

ماصدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه الخ بمعزل عن الحق لظهور بطلان القول بان كل ماصدق عليه حد الحيوان انسان من كل وجه فرس من كل وجه (قوله وكلاهما صادق على المقايضة الخ) أقول بل على جميع البياعات ففي تقريره قصور (قوله فالبيع والشراء يطلقان الى قوله يخصه عليه) أقول قوله باعتبارين متعلق بقوله يطلقان والضمير في قوله منهما راجع الى البيع والشراء والضمير في قوله يخصه راجع الى قوله كل والضمير في قوله عليه راجع الى قوله عقد (قوله وذلك لان الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر

صاحب العناية وهي مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع قال وكل ماصدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه أقول فيه خلل أما أولا فلانه لا يخفى على أحد أن المراد بالبيع في قوله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه هو البيع المقابل للشراء وهو وصف البائع وان المراد بالشراء في قوله المزبور هو الشراء المقابل للبيع وهو وصف للمشتري والحد المذكور أعني مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب انما هو حد البيع الذي هو عقد شرعي وهو المجموع المركب من الايجاب والقبول مع الارتباط الشرعي الحاصل بينهما فذلك بمعزل عن قوله لوجود حد كل واحد منهما وأما ثانيا فلان قوله وكل ماصدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بعد أن جعل هذا الحد حدا لكل واحد من البيع والشراء يقتضي أن يكون كل البياعات الغير الاضطرارية بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه اذ لا يخلو شيء منها عن صدق هذا الحد عليه كما تقدم في أول البيوع ولم يقل به أحد قط واعترض بعض الفضلاء بوجه آخر على قوله وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب حيث قال فيه نظر فان الباء في قوله بمال هي باء المقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء انتهى أقول هذا ساقط لان باء المقابلة والعوض لا تنافي تناول الحد المذكور الشراء فان المقابلة والمعاوضة يتحققان في كل واحد من البدلين بلا تفاوت وانما بقي حديث دخول الباء على الثمن وسيجيء الكلام فيه ثم قال صاحب العناية ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوصلا به الى تحصيل ملك غيره والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة انتهى أقول هذا هو الصواب وان كان مقتضى تحريره أن يكون ضعيفا عنده الا أن المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة أنهما صادقان على بدلي المقايضة معا فلا ينتقض بسائر البياعات فان صدق البيع بالمعنى المزبور في سائرها مختص بالسلعة وصدق الشراء فيها مختص بالثمن فيسقط ما قاله بعض الفضلاء على قوله وكلاهما صادق على المقايضة بل على جميع البياعات ففي تقريره قصور انتهى فتدبر ثم قال صاحب العناية فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى أقول وفيه خلل لان حاصله أن معنى البيع ومعنى الشراء متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء فيمتاز به البائع عن المشتري لكنه ليس بصحيح أما أولا فلانه قد تقرر في كتب اللغة ان لفظ البيع ولفظ الشراء من الاضداد يطلق كل منهما على كل من معنيي البيع والشراء وصرحوا به في أول كتاب البيوع حتى صرح نفسه أيضا هناك بان لفظ البيع من الاضداد لغة واصطلاحا وقال يقال باع الشيء اذا شراه أو اشتراه واذا كان كذلك فكيف يتيسر اختصاص أحد اللفظين المذكورين باحد المعنيين المزبورين وكيف يتصور تعين أحد هذين المعنيين باطلاق أحد ذينك اللفظين عليه ولا شك أن ما هو من الاضداد يصح اطلاقه على كل من معنييه على أن اتحاد معنيي البيع والشراء بالذات مما لم يقل به أحد من الثقات ولا يرى له وجه سديد وأما ثانيا فلان البيع كما ينعقد بالايجاب والقبول ينعقد أيضا بالتعاطي كما تقرر في البيوع وفي صورة التعاطي لا يلزم اطلاق لفظ على شيء منهما فكيف يتم قوله يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء وأما ثالثا فلانه لو تعين كل منهما بلفظ يخصه وما امتاز به البائع عن المشتري لكان الصادر من أحد المتعاقدين بيعا ومن الآخر شراء البتة فلم يصح القول بان المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بل هي حينئذ اما بيع واما شراء لا غير اللهم الا أن يحمل المراد بكونها بيعا وشراء من كل وجه على أنها صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد وأما بعد صدوره فيتعين واحد منهما لكنه تعسف ثم انه فرع على ما ذكره سقوط بعض ما قيل ههنا ولما لم يصح الاصل كما عرفته لم يصح الفرع أيضا لان صحة الفرع فرع صحة الاصل كما لا يخفى واعلم أن ههنا أسئلة وأجوبة

الى غرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى غرض صاحبه

ذلك ويترجح جانبه ويجوز له أن يبيع بما عز وهان ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له أن يبيع بالاقل أصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب لا خطابعين البصيرة محمد المتصدي لتلفيقه ان شاء الله تعالى

ذلك ويترجح جانبه) أقول هذا تعليل لقوله السابق باسطر وهو قوله فيسقط ما قيل الخ وقوله فيعتبر ذلك يعني يعتبر البيع وقوله ويترجح جانبه يعني يترجح جانب البيع (قوله فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي الخ) أقول ما أشبه كلام الشارح هذا بما قال شارح رسالة آداب البحث التعلم والتعليم متحدان بالذات متغايران بالاعتبار ومهد به عذر الاكتفاء مصنف الرسالة بذكر التعلم حيث قال يحتاج اليها كل متعلم وبين اتحادهما بالذات بعض الافاضل وهو مولانا معين الدين (قوله يتعين كل منهما باطلاق لفظ الخ) أقول أي في المقايضة بخلاف غيرها مما يقابل فيه السلع بالنقود فان التعيين فيه لا يتوقف على اطلاق اللفظ المختص بل صاحب السلعة بائع وصاحب النقود مشتر (قوله لا يجوز له أن يبيع بالاقل) أقول اذا باع بجنسه

يستدعى بسطها تحقيق المقام فنقول ان قيل من المحال أن يوصف الشئ الواحد بصفة و بضدها فى حالة واحدة فلو قلنا بان بيع المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فى ذلك الوقت لزم هذا المحال قلنا انما يلزم المحال لو كان ذلك بجهة واحدة وليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة الى غرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى غرض صاحبه وانما قلنا هكذا لان البيع لابدله من مبيع وثمن وليس كل واحد منهما باولى من الآخر فى أن يجعل هو مبيعا أو ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا بمقابلة الآخر وثمنا بمقابلة الآخر فان قيل لانسلم عدم الاولوية فى أحدهما لانه لابد من ادخال الباء فى واحد منهما لتحقق الصاق البدل بالمبدل وما دخل عليه الباء يتعين للثمنية لما عرف أن الباء تصحب الاثمان فحينئذ يتعين الآخر لكونه مبيعا بحياله قلنا قد ذكر فى أوائل كتاب البيوع أن الباء انما تعين ما دخلت عليه للثمنية اذا كان ذلك الشئ من المكيلات أو الموزونات من غير الدراهم والدنانير فان الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل والعروض المعينة متعينة للمبيعة سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل أما المكيلات والموزونات اذا كانت غير معينة وهى موصوفة بصفة فان دخلت عليها الباء تتعين للثمنية كما اذا قال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة جيدة وأما اذا لم تدخل عليها الباء فلا تتعين لها أيضا ثم ان كلامنا ههنا فى بيع المقايضة وهى تنبئ عن المساواة يقال هما قيضان أى مساويان فكان كلا البدلين متعينا فلا يتعين واحد منهما للمبيعية ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا وان دخلت الباء فى أحدهما فان قيل اذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعا من كل وجه فمن أى وجه رجح أبو حنيفة جانب البيع فيه حتى نفذ البيع على الآمر عنده اذا باع الوكيل بالبيع بعرض مع الغبن الفاحش قلنا رجح هو جانب البيع استدلالا بما ذكر فى المبسوط فى باب الوكالة بالسلم من كتاب البيوع من أن جانب البيع يترجح على جانب الشراء فى البيع بعرض ألا يرى أن أحد المضاربين لو اشترى بغير اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيأ من مال المضاربة توقف على اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف أيضا حتى لو أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا أن جانب البيع يترجح فيه كذا فى النهاية ومعراج الدراية فان قلت كما أن كل واحد من عاقدى عقد المقايضة بائع بالنسبة الى عرض نفسه مشتر بالنسبة الى عرض الآخر كذلك كل واحد من عاقدى عقد الصرف بائع ومشتر لما أن عقد الصرف بيع والبيع لابدله من مبيع وثمن وليس أحد البدلين أولى من الآخر فى جعله مبيعا أو ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا ثم ان الغبن الفاحش يتحمل فى بيع المقايضة على قول أبى حنيفة فى ظاهر الرواية خلافا لرواية الحسن كما ذكره فى الذخيرة والمبسوط ولا يتحمل فى بيع الصرف على قول الكل باتفاق الروايات كما ذكر فى باب الوكالة بالصرف من صرف المبسوط فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما فى العلة قلت الفرق بينهما انما نشأ من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش هنا أيضا وذلك لان تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش انما لا ينفذ على الموكل للتهمة فان من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالغبن أراد أن يلزم ذلك الموكل وهذا المعنى موجود هنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به فى المبسوط وأما فى بيع المقايضة فليس للوكيل أن يبيع من نفسه ولا أن يشترى لنفسه عرض الآخر بمقابلة عرض الموكل فلم ترد التهمة التى وردت فى حق الوكيل بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك فى ظاهر الرواية على قول أبى حنيفة وذكر فى الذخيرة أن الوكيل بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان الغبن على قول أبى حنيفة ان كان يجوز باعتبار أنه بيع من وجه لا يجوز باعتبار أنه شراء من وجه الا أن الشراء أصل فى هذا العقد لان الثمنية فى الدراهم والدنانير أصل والعبرة للاصل فكان شراء من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل فى الشراء بالاتفاق كذا فى النهاية قال صاحب العناية ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له أن يبيع بالاقل أصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى أقول فيه نظر لان موكله انما لا يملك البيع بالاقل فيما اذا اتحد البدلان فى الجنس وأما اذا اختلفا فيه فيملكه قطعا كما تقرر فى كتاب الصرف ولا يخفى أن عدم جواز بيع الوكيل بالصرف بغبن

قال

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده الخ) الوكيل بالشراء يجوز له أن يشترى بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه أو وجده خاسرا ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانتفاء التهمة لانه لا يملك أن يشتريه لنفسه وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ رحمهم الله فان بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير أيضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه موكله امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لابد من الاضافة الى الموكل فى العقد ولا تتمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين الغبن اليسير والفاحش فقال

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فى مثله) لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه

فاحش على قول الكل باتفاق الروايات غير منحصر فى صورة اتحاد الجنس بل يعم صورتى اتحاد الجنس واختلافه بل المسئلة مصورة فى صرف المبسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه وان وكله بالف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن الناس فى مثله لم يجز على الآمر انتهى فتلزم هذه الصورة قطعا وتكفى فى ورود السؤال على ما ذكر فى الكتاب ولعمرى ان صاحب العناية قد خرج فى شرح هذه المسئلة عن سنن الصواب وغبن فى تصرفه غبنا فاحشا ومع ذلك قال فى آخر كلامه فعليك بهذا وتطبيقه على ما فى الكتاب ملاحظا بعين البصيرة تحمد المتصدى لتلفيقه ان شاء الله تعالى (قال) أى القدورى فى مختصره (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها) وهى الغبن اليسير (ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فى مثله) وهو الغبن الفاحش وقال فى شرح الاقطع وعن أبى حنيفة رواية أخرى أنه يجوز بالقليل والكثير لعموم الامر كذا فى غاية البيان علل المصنف ما فى الكتاب بقوله (لان التهمة فيه) أى فى الشراء (متحققة فلعله) أى فلعل الوكيل (اشتراه) أى اشترى الشئ الذى وكل به (لنفسه) أى لاجل نفسه (فاذا لم يوافقه ألحقه بغيره) وهو الموكل (على ما مر) اشارة الى ما ذكره فى فصل الشراء بقوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر انتهى والتهمة فى باب الوكالة معتبرة ولان الوكيل بالشراء يستوجب الثمن فى ذمة نفسه و يوجب لنفسه مثله فى ذمة الآمر والانسان متهم فى حق نفسه فلا يملك أن يلزم الآمر الثمن ما لم يدخل فى ملكه بازائه ما يعدله ولهذا لو قال اشتريت وقبضت وهلك فى يدى فهات الثمن لا يقبل قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندى كان القول قوله ولان أمره بالشراء يلاقى ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة فى ملك الغير فلا يعتبر اطلاق أمره فيه بخلاف البيع فان أمره يلاقى ملك نفسه وله فى ملك نفسه ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم أو الاطلاق فى التوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك لاشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم أنه لا يقصد ذلك فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بغبن يسير وفى جانب البيع اعتبار العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط به على شئ من ماله سوى المبيع الذى رضى بزوال ملكه عنه وهذه فروق أربعة بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء فى الغبن الفاحش ذكرت فى كتاب البيوع من المبسوط (حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا) أى المشايخ (ينفذ على الآمر) أى ينفذ العقد على الآمر وان كان مع الغبن الفاحش لانتفاء التهمة (لانه) أى الوكيل (لا يملك شراءه) أى شراء ذلك الشئ المعين (لنفسه) وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ فان بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم

(قوله والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها) هذا فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد فاما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم اذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت وفى الذخيرة والوكيل بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان

(قال المصنف والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها) أقول قال الاتقانى قال الشيخ الامام خواهر زاده جواز عقد الوكيل جواز عقد الموكل بالشراء بزيادة يتغابن الناس فى مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد فأما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم اذا أراد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت قال فى بيوع التتمة وبه يفتى انتهى وقال الزيلعى هذا كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين وأما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يبقى فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا انتهى (قال المصنف ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فى مثله) أقول قال الزيلعى وكذا لا يجوز شراؤه بغير النقدين لعدم التعارف انتهى وقد علم ذلك ضمنا فى التوكيل بالشراء فى شرح قوله ولو وكله بشراء شئ بعينه (قوله أو وجده خاسرا الخ) أقول فيه أن المراد بعدم الموافقة فى عبارة الهداية هو وجدانه خاسرا والا لا يكون دليلا للمدعاه فلا وجه لكلمة أو والظاهر أن أو تصحيف والاصل اذ وجده نعم يمكن أن يمنع عدم كونه دليلا للمدعاه فليتامل (قال المصنف وكذا الوكيل بالنكاح الخ) أقول لو كان ينبغى أن لا يجوز عنده أيضا لان الوكيل من قبل الزوج فى معنى الوكيل بالشراء

(والذى لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين) فيكون مقابله مما يتغابن فيه قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة فى البلد كالعبيد والدواب فاما ماله ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وان قلت الزيادة كالفلس مثلا لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين اذ الداخل تحته ما يحتاج فيه الى تقويمهم ولا حاجة ههنا للعلم به فلا يدخل وقيل الغبن اليسير هو الظاهر وقيل الفاحش و يساعده سوق الكلام

(قال المصنف والذى لا يتغابن الناس الخ) أقول قال الاتقانى قال الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير ومشايخ بلخ فضلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شعيب بن ادريس حكى عنهم أنهم قدروا اليسير فى العقار بده دوازده وفى الحيوان بده يازده وفى العروض بده نيم هذا كلامه انتهى هذا مخالف لما فى الهداية فان المفهوم منه أن المقدر بما ذكر هو الغبن الفاحش (قوله قال شيخ الاسلام هذا التحديد فيما الخ) أقول هذا التحديد لفرق وازالة الاشتباه بين الغبن اليسير والفاحش فلا يرد أن قوله لان هذا مما يدخل الخ يدل على اعتبار هذا التحديد لان المراد بهذا التحديد تحديد كل واحد منهما للفرق بينهما واذ لا يسير فيما له قيمة معلومة بل كل زيادة فيه غبن فاحش لا تمس الحاجة الى الفرق (قوله وقيل الغبن اليسير الخ) أقول أراد صاحب النهاية (قوله وهو الظاهر) أقول يعنى من سائر الكتب (قوله و يساعده سوق الكلام) أقول لان يعنى فى الهداية والكافى

وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل فى العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد قال (والذى لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل فى العروض ده نيم وفى الحيوانات ده يازده وفى العقارات ده دوازده)

لا يتحمل فيه الغبن اليسير أيضا كما فى الذخيرة وغيرها (وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه) أى زوج موكله (امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده) أى عند أبى حنيفة ذكره محمد فى الاصل فى أول باب الوكالة فى النكاح حيث قال واذا وكل رجل رجلا أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه فهو جائز فان زادها على مهر مثلها فهو جائز فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد اذا زوجها بما يتغابن الناس فى مثله فهو جائز وان زاد أكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح الا أن يرضاه واذا وكل رجل رجلا أن يزوج امرأة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جائز وهى امرأته ولا يشبه هذا الشراء لو أمره أن يشترى عبدا بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للآمر الى هنا لفظ الاصل قال المصنف فى تعليل ما فى الكتاب (لانه) أى الوكيل بالنكاح (لا بد من الاضافة الى الموكل فى العقد) أى فى عقد النكاح (فلا تتمكن هذه التهمة) أى تهمة أن يعقده أولا لنفسه ثم يلحقه بغيره (ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد) أى لا يضيفه الى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان يعنى يجوز له الاطلاق ولا يجب عليه الاضافة الى الموكل فتتمكن تلك التهمة قال شيخ الاسلام خواهر زاده جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس فى مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد كالعبيد والدواب وغير ذلك وأما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم وغيرهما فاذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر وان قلت الزيادة كالفلس مثلا (قال) فى بيوع التتمة وبه يفتى (والذى لا يتغابن الناس فيه لا يدخل تحت تقويم المقومين) هذا لفظ القدورى فى مختصره و يفهم منه أن مقابله مما يتغابن فيه قال فى الذخيرة تكلموا فى الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش والصحيح ما روى عن محمد رحمه الله فى النوادر أن كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش قال واليه أشار فى الجامع فى تعليل مسئلة الزكاة قال المصنف (وقيل فى العروض ده نيم وفى الحيوانات ده يازده وفى العقارات ده دوازده) اعلم أن ظاهر سوق الكلام ههنا يشعر بان يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش لان صريح ما ذكره سابقا كان تفسيرا للغبن الفاحش فاذا قال بعده وقيل فى العروض الخ كان المتبادر منه أن يكون هذا أيضا تفسيرا للغبن الفاحش وأما الذى يقتضيه التطبيق لما عين فى سائر المعتبرات أن يكون مراده بذلك تفسيرا للغبن اليسير وعن هذا كان الشراح ههنا فرقتين فمنهم من تردد فى تعيين مراده وجعل كلامه محتملا للمعنيين ولكن ذكر كل واحد منهما بقيل لا من عند نفسه ومنهم من جزم بالثانى فقال هذا بيان الغبن اليسير ولم يذكر الاحتمال الآخر وقال الشارح الكاكى من هذه الفرقة وكان قوله وقيل معطوفا على ما تضمنه قوله ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فانه اذا كان الغبن الفاحش

الغبن على قول أبى حنيفة رحمه الله وان كان يجوز باعتبار انه بيع من وجه لا يجوز باعتبار انه شراء من وجه الا أن الشراء أصل فى هذا العقد لان الثمنية فى الدراهم والدنانير أصل والعبرة للاصل فكان شراء من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل فى الشراء بالاتفاق ثم الغبن الفاحش متحمل فى بيع المقايضة فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله لانه وكيل بالبيع المطلق والوكيل بالبيع يملك البيع بما عز وهان عنده وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله فى الوكيل بالبيع اذا باع بعرض فان كان يساويه جاز والا فلا ووجه هذه الرواية انه فى جانب العرض مشتر والوكيل بالشراء لا يشترى للآمر بالمحاباة الفاحشة (قوله وقيل فى العروض ده نيم الخ) جعل هذا مما لا يتغابن فيه وفى الجامع الصغير للتمرتاشى قيل قدر ما يتغابن الناس فى

فى العروض ده نيم وفى الحيوانات ده يازده وفى العقار ده دوازده فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الآمر وان زاد على ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزيد بقلة التجربة و ينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته و وقوعه فى القسم الاول كثير وفى الاخير قليل وفى الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعل أصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يتسامح به فى المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان أقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان أقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه والله أعلم قال (واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه الخ) واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبى حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجرى على اطلاقه واستوضح بقوله ألا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده فاذا باع النصف به أولى

(قوله فى العروض) أقول مقول القول (قوله فاذا كان الغبن الخ) أقول توضيح للقيل الاول (قوله فاذا باع النصف به أولى) أقول من أين علم أنه باع النصف به فانه يجوز أن يبيع النصف بربع الثمن الا أن يبنى على الظاهر من الحال

لان التصرف يكثر وجوده فى الاول و يقل فى الاخير و يتوسط فى الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبى حنيفة رحمه الله) لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به أولى

ما لا يدخل تحت تقويمهم كان ما يدخل تحت تقويمهم غبنا يسيرا والحق عندى أن يكون تفسيرا للغبن اليسير لانه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء وعامة المشايخ فى كتبهم المعتبرة منهم الامام البارع علاء الدين الاسبيجابى فانه قال فى شرح الطحاوى وروى عن نصير بن يحيى أنه قال قدر ما يتغابن الناس فى العروض ده نيم وفى الحيوان ده يازده وفى العقار ده دوازده انتهى ومنهم الشيخ أبو المعين النسفى فانه قال فى شرح الجامع الكبير اختلف المشايخ فى الحد الفاصل بين القليل والكثير منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل وما لا يدخل فهو كثير ومنهم من قال ذلك مفوض الى رأى القاضى ومحمد قدر فى هذا الكتاب يعنى فى الجامع الكبير بده نيم ومشايخ بلخ فضلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شعيب حكى عنهم أنهم قدروا اليسير فى العقار بده دوازده وفى الحيوان بده يازده وفى العروض بده نيم انتهى كلامه الى غير ذلك من الائمة الكبار المتفقين على جعل ذلك تفسيرا للغبن اليسير هذا وانما كان التقدير فى الاقسام المذكورة على الوجه المذكور (لان التصرف يكثر وجوده فى الاول) وهو العروض (و يقل فى الاخير) وهو العقارات (و يتوسط فى الاوسط) وهو الحيوان (وكثرة الغبن لقلة التصرف) لان الغبن يزيد بقلة التجربة و ينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة التصرف وكثرته ثم ان عشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعلت أصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يتسامح به فى المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان أقل وقوعا منه اعتبر فيه ضعفه وما كان أقل من الاقل اعتبر فيه ضعف ضعفه (قال) أى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير (واذا وكله) أى اذا وكل رجل رجلا (ببيع عبد) أى ببيع عبد له وفى بعض النسخ ببيع عبده (فباع نصفه جاز عند أبى حنيفة) انما وضع المسئلة فى العبد ليترتب عليه الاختلاف المذكور لانه اذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس فى تفريقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ذكره فى الايضاح قال المصنف (لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع) فيجرى على اطلاقه ونور ذلك بقوله (ألا ترى أنه لو باع الكل) أى كل العبد (بثمن النصف يجوز عنده) أى عند أبى حنيفة (فاذا باع النصف به) أى بذلك الثمن (أولى) أى فهو أولى لان امساك البعض مع بيع البعض بمقدار من الثمن أنفع للآمر من بيع الكل بذلك الثمن وانما قيد بقوله عنده لانه لا يجوز عندهما لكونه غبنا فاحشا فان قيل انما جاز بيع الكل بثمن النصف لانه لم يتضمن عيب الشركة وأما بيع النصف فيتضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل الى شر فينبغى أن لا ينفذ على الموكل قلنا ضرر الشركة أقل وأهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف فاذا جاز هذا على قوله فلان يجوز

العروض ده نيم وفى الحيوان ده يازده وفى العقار ده دوازده جعل هذا بيان الغبن اليسير وفى النهاية وهذا بيان الغبن اليسير و يتحمل هذا المقدار من الغبن فى هذه الاجناس على هذا الترتيب (قوله واذا وكله ببيع عبده) قيد بالعبد لان بيع النصف فيما وكل ببيع ما ليس فى تبعيضه ضرر جائز بالاتفاق * وفى الايضاح فى باب الوكالة بالبيع ولو باع الوكيل بعض ما أمر به فان لم يكن فى تبعيضه ضرر جاز فى قولهم لان البيع تناول الجملة فكان متناولا للابعاض وليس فى التفريق ضرر (قوله ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده) فان قيل انما يجوز بيع الكل بثمن النصف لانه لم يتضمن عيب الشركة وأما بيع النصف يتضمن عيب الشركة فى العبد فكان هذا مخالفة من الوكيل الى شر فلا ينفذ بيعه على الموكل قلنا ضرر الشركة أهون وأقل من ضرر

(وقالا لايجوز) لانه غيرمتعارف لما فيه من ضررالشركة (الا أن يبيع النصف الآخرقبل أن يختصما) لان بيع النصف قديقع وسيلة الى الامتثال بان لايجدمن يشتريه جملة فيحتاج الى أن يفرق فاذا باع الباقى قبل نقض البيع الاول تبين أنه وقع وسيلة واذالم يبع ظهرأنه لم يقع وسيلة فلايجوز وهذا استحسان عندهما (وان وكله بشراءعبدفاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل) لان شراء البعض قديقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصاشقصا فاذا اشترى الباقى قبل رد الآمرالبيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذعلى الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابى حنيفة أن فى الشراء تتحقق التهمة على مامر

ذلك وهو أهون أولى (وقالا لايجوز) أى لايجوز بيع نصف ذلك العبد (لانه غيرمتعارف) يعنى أن التوكيل ببيع العبد ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غيرمتعارف (ولما فيه من ضررالشركة) لانها عيب (الا أن يبيع النصف الآخرقبل أن يختصما) أى الموكل والوكيل (لان بيع النصف قديقع وسيلة الى الامتثال بان لايجد من يشتريه جملة فيحتاج الى أن يفرق فاذا باع الباقى قبل نقض البيع الاول تبين أنه) أى البيع الاول (وقع وسيلة) الى الامتثال (واذالم يبع) الباقى (ظهرأنه) أى البيع الاول (لم يقع وسيلة) الى الامتثال (فلا يجوز وهذا) أى كون البيع موقوفا الى أن يبيع النصف الآخرقبل الخصومة (استحسان عندهما) اذ القياس أن لايتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف كذافى معراج الدراية وقال الزيلعى فى التبيين وقولهما استحسان والقياس ماقاله أبوحنيفة رحمه الله اهـ والمعنى الاول أنسب بعبارة الهداية كما لايخفى على الفطن (وان وكله بشراءعبدفاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قديقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصاشقصا) الشقص الجزء من الشئ والنصيب كذافى المغرب (فاذا اشترى الباقى قبل ردالآمرالبيع تبين أنه وقع) أى شراء البعض (وسيلة) الى الامتثال (فينفذعلى الآمر) لانه يصير كانه اشتراه جملة قال المصنف (وهذا) أى جواب هذه المسئلة وهو كون الشراء موقوفا (بالاتفاق) بين أئمتنا الثلاثة ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فى التوكيل بشراءعبداذا اشترى نصفه فقال أبو يوسف ان أعتقه الآمرجاز وان أعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد ان أعتقه الوكيل جاز وان أعتقه الموكل لم يجز فأبو يوسف يقول ان العقدموقوف على اجازة الموكل ألا يرى أنه لو أجازصريحا نفذعليه والاعتاق اجازة منه فينفذعليه ولا ينفذاعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلم ينفذاعتاقه ومحمد يقول انه قدخالف فيما أمره به وانما التوقف عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشترى الباقى فيرتفع الخلاف وقبل أن يشتريه بقى مخالفا فاذا أعتقه الآمرلم يجز كذا فى النهاية والكفاية نقلاعن الايضاح (والفرق لابى حنيفة) أى بين البيع والشراء (أن فى الشراء تتحقق التهمة على مامر) اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه الخ يعنى أن التهمة متحققة فى الشراء

بيع الكل بنصف الثمن فلما جاز ذلك على قوله لان يجوز هذا وهوضررالشركة أولى (قوله وان وكله بشراء عبدفاشترى نصفه فالشراء موقوف) أى بالاتفاق ثم اختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى الوكيل بشراء عبداذا اشترى نصفه قال أبو يوسف رحمه الله ان أعتقه الآمرجاز وان أعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد رحمه الله ان أعتقه الوكيل جاز وان أعتقه الموكل لم يجز فابو يوسف رحمه الله يقول بان العقدموقوف على اجازة الموكل ألا ترى انه لو أجازصريحا لنفذعليه والاعتاق اجازة منه فنفذعليه ولا ينفذاعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلا ينفذاعتاقه ومحمد رحمه الله يقول بانه خالف فى أمره وانما التوقف عليه من حيث ان الخلاف يتوهم دفعه بان يشترى الباقى فيرتفع الخلاف وقبل ان يشتريه بقى مخالفا فان أعتقه الآمرلم يجز كذافى الايضاح (قوله على مامر) اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه

وقالا لايجوزلان التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غيرمتعارف لما فيه من ضررالشركة الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لان بيع النصف قديقع وسيلة الى الامتثال بان لايجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع الباقى قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة وان لم يبع ظهرانه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما فان وكله بشراءعبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق لماذكر من الدليل آنفا فى التوكيل بالبيع والفرق لابى حنيفة رحمه الله أن التهمة فى الشراء متحققة على مامر من قوله

(قال الا أن يبيع النصف الآخرقبل أن يختصما) أقول أراد به الاختصام الى القاضى ونقض القاضى البيع كما يدل عليه كلام بعض الشروح وقول المصنف قبل نقض البيع

وآخران

فلعله اشتراه لنفسه الخ وفرق آخرأن الامر فى البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبرفيه الاطلاق فيملك بيع العبد كله أونصفه وأما الامر بالشراء فانه صادف ملك الغيرفلم يصح فلا يعتبرفيه التقييد والاطلاق أى اطلاق الامروتقييده فيعتبرفيه العرف والعرف فيه أن يشترى العبد جملة ولقائل أن يقول هذا التعليل يقتضى أن لايصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء أمر بالشراء وقدقال الامر

وآخرأن الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبرفيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغيرفلم يصح فلا يعتبرفيه التقييد والاطلاق قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده

دون البيع فافترقا من هذه الحيثية (وآخر) أى وفرق آخرلابى حنيفة بين البيع والشراء (أن الامر بالبيع) فى صورة التوكيل بالبيع (يصادف ملكه) أى ملك الآمر (فيصح) أى الامر بالبيع لولاية الآمرعلى ملكه (فيعتبرفيه اطلاقه) أى اطلاق الامر (والامر بالشراء) فى صورة التوكيل بالشراء (صادف ملك الغير) وهومال البائع (فلم يصح) أى الامر بالشراء (فلم يعتبرفيه التقييد والاطلاق) أى تقييد الامرواطلاقه فيعتبر فيه المتعارف والمتعارف فيه أن يشترى العبد جملة كذافى العناية وهوالذى يساعده ظاهرلفظ المصنف قال صاحب العناية بعدما اكتفى بهذا القدرمن الشرح ولقائل أن يقول هذا التعليل يقتضى أن لايصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء أمر بالشراء وقدقال الامر بالشراء صادف ملك الغيرفلم يصح والجواب أن القياس يقتضى ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام فان النبى صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واذاصح فلابدله من محل فجعلناه الثمن الذى فى ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدرالامكان ولوعملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولوبوجه أولى الى هنا كلامه أقول فى الجواب شئ وهو أن حاصله أنا لم نعمل بالاطلاق فى صورة التوكيل بالشراء لئلا يبطل العمل بالعرف مع كونه من الدلائل فيتجه عليه أن مقتضى هذا أن لايعمل بالاطلاق فى صورة التوكيل بالبيع أيضا لئلا يبطل العمل بالعرف كذلك فان قلت لم يعمل بالقياس فى صورة الشرا فلولم يعمل بالعرف أيضالزم ابطال الدليلين معا بخلاف صورة البيع حيث عمل فيها بالقياس بناءعلى أن الامر فيها صادف ملك الآمر قلت لاتأثيرلهذا الفرق ههنا الا أنا انماتركنا القياس فى صورة الشراء بالنص وهوأقوى من القياس فبقى الكلام فى العرف فلوجازتقييد الاطلاق به فى صورة الشراء بناءعلى وجوب العمل بالدلائل بقدرالامكان لجازتقييده به فى صورة البيع أيضا بناءعلى ذلك وقال صاحب غاية البيان فى شرح الفرق الثانى ان الامر فى صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الآمرفصح أمره لولايته على ملكه فاعتبراطلاق الامرفجاز بيع النصف لان الامروقع مطلقاعن الجمع والتفريق وأما الامر فى صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهومال البائع فلم يصح الامر مقصودا لانه لاملك للآمر فى مال الغير وانماصح ضرورة الحاجة اليه ولاعموم لماثبت ضرورة فلم يعتبراطلاقه فلم يجزشراء البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرالضرورة وذلك يتادى بالمتعارف وهوشراء الكل لا البعض لان الغرض المطلوب من الكل لايحصل بشراء البعض الا اذا اشترى الباقى قبل ان يختصما فيجوزعلى الآمر لانه حصل مقصوده انتهى أقول هذا القدرمن البيان وان كان غير مفهوم من ظاهرلفظ المصنف الا أنه حينئذ لايتوجه السؤال الذى ذكره صاحب العناية ولايحتاج الى ماارتكبه فى جوابه كما لايخفى على المتامل (قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (ومن أمر رجلا ببيع عبده

(قوله وآخرأن الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبرفيه اطلاقه) لان له ولاية مطلقة فى ملكه والامر بالشراء صادف ملك الغير لانه يلاقى مال البائع وذمة المامور وليس للانسان ولاية مطلقة فى ملك الغير ولايعتبراطلاقه فيه لان العمل ضرورى ولاعموم للضروريات فاذاصار المتعارف مرادا لم يبق غيره مرادا ولانه لواعتبرالعموم فى التوكيل بالشراء لاشترى ذلك المتاع بجميع ملك الموكل ونحن نعلم

بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب أن القياس يقتضى ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام فان النبى صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واذا صح فلابدله من محل فجعلناه الثمن الذى فى ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولوعملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه أولى قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده الخ) ومن أمر رجلا أن يبيع عبده فباعه

(قوله فلعله اشتراه لنفسه) أقول وعدم الموافقة هنا لتعينه بالشركة فتدبر (قوله وفرق آخرأن الامر بالبيع الخ) أقول وتحقيقه أن العبد لما كان ملك البائع وملك الوكيل التصرف فى كله ملكه التصرف فى بعضه أيضا والعرف العملى لايصلح مقيدا للفظ كمن قال لامرأته طلقى نفسك ثلاثا فطلقتها واحدة حيث يصح ومرت المسئلة فى الاختلاف فى الشهادات بدليلها ولما لم يملك الموكل الشراء بالشراء لم يملك التصرف فيه حتى

يملكه الوكيل فيقال تمليك التصرف فى الكل يتضمن تمليكه فى البعض فلم يمكن اعتبار الامرفبقى اعتبار العرف العملى الحمدلله على ماهدانا (قوله فلا يعتبرفيه التقييد والاطلاق) أقول الظهور أن اعتبار اطلاق الامروتقييده فرع عن صحة الامر (قوله واذاصح فلابدله من محل فجعلناه الثمن) أقول ولايمكن أن يجعل المحل عبارة الموكل والا يلزم أن يكون الوكيل بالشراء سفيرا لاتتعلق به الحقوق وقدمرمن الشارح كلام متعلق بتحقيق المقام فتذكر

فباعــه وقبض الثمن أولم يقبض فرده المشترى عليه بعيب لايحــدث مثله بقضاء القاضى ببينة أو باباء يمين أو باقرار فانه يرده عــلى الآمر) لان القاضى تيقن بحدوث العيب فى يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج

فباعه) وسلمه (وقبض الثمن أولم يقبض فرده المشترى عليه) أى على البائع المشترى (بعيب لايحدث مثله) أى لايحدث مثله أصلا كالاصبع الزائدة والسن الشاغية أولايحدث مثله فى مثل هذه المدة (بقضاء القاضى) متعلق برده أى رده بقضاء القاضى وهو احترازعما اذا كان الرد بغير قضاء كما سيأتى (ببينة) متعلق بقضاء القاضى أى قضائه ببينة المشترى (أو باباء يمين) أى أو قضائه باباء البائع عن اليمين عند توجهها اليه (أو باقراره) أى أو قضائه باقرار البائع (فانه) أى البائع وهو المامور (يرده) أى يرد العبد الذى رد عليه (عــلى الآمر) بلا حاجة الى خصومة اذ الرد على الوكيل فى هذه الصورة رد على الموكل فان قيل اذا أقر الوكيل بالعيب فلا حاجة حينئذ الى قضاء القاضى لانه يقبله لامحالة فــما معــنى ذكر قضاء القاضى مع الاقرار قلنا يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضى كان اجبارا عــلى القبول كذا فى النهاية وكثير من الشروح وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجــه آخر حيث قال فان قلت ان كان الوكيــل مقرا بالعيب يرد عليه فلا حاجة الى قضاء القاضى فــ فائدة ذكره قلت الــكلام وقع فى الرد على الموكل فاذا كان الرد على الوكيل باقراره بلا قضاء لايرد على الموكل وان كان عيبا لايحدث مثــله فى عامة روايات المبسوط فظهرت الفائدة اذا فافهمه واغتنمه انتهــى كلامــه أقول هــذا الجواب ليس بشاف اذ هو لايحسم عرق السؤال لان هاتيك الفائدة مترتبة على وقوع القضاء أى حاصلة بعد حصوله وكلام السائل فى سبب وقوع القضاء ابتداء يعنى أن القضاء انما شرع لفصل الخصومات ورفع المنازعات ولا شك أن فصــل الخصومة ورفع المنازعة فرع تحقق الخصومة والمنازعة وفيما اذا أقر الوكيل بالعيب لاخصومة ولامنازعة فلاحاجــة الى القضاء رأسا فبأى سبب يقع القضاء حتى تترتب عليه تلك الفائدة فالجواب الشافى هو الاول لان امتناع المقر بالعيب عن قبول المعيب يقتضى الاحتياج الى وقوع القضاء عليه بالجبر على القبول قال المصنف فى تعليل المسألة المذكورة (لان القاضى تيقن بحدوث العيب فى يد البائع) اذ الكلام فى عيب لايحدث مثله (فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج) يعنى البينة والنكول والاقرار قال جماعة من الشراح هذا جواب عن سؤال سائل وهو أن يقال لما كان العيب لايحدث مثله كالاصبع الزائدة لم يتوقف قضاء القاضى على وجود هــذه الحجج بل ينبغى أن يقضى القاضى بدونها لعلمه قطعا بوجود هذا العيب عند البائع فاجاب بان قال لم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج الخ أقول لايذهب على من له ذوق صحيح أن معنى هذا الــكلام وان كان صالحا لان يكون جوابا عن ذلك السؤال الا أن تفريع قوله ولم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج على ماقبله بادخال الفاء عليه يابى ذلك جدا لان منشا السؤال ماسبق قبل هذا القول فكيف يتم تفريع الجواب عليه وكان صاحب النهاية ذاق هــذه البشاعة حيث قال فى شرح قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هــذه الحجج هــذا الذى ذكره دفع لسؤال سائل فقرر السؤال بالوجه المذكور ثم لما جاء الى تقرير الجواب قال فاجاب عنه بقوله وتاويل اشــتراطها فى الــكتاب أن القاضى يعلم الخ فجعل الجواب قوله وتاويل اشتراطها فى الــكتاب الخ دون قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج لكن لايجدى ذلك طائلا أما أولا فلانه قد اعترف ابتداء فى شرح قوله فلم يكن قضاؤه الى آخره بان هذا دفع لذلك السؤال وأما ثانيا فلانه لامجال لاخراج قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج عن جواب ذلك السؤال وادخاله فى التعليل السابق لان التعليل المذكور قد تم بدون القول المزبور والجواب عن ذلك السؤال لايتم بدون هذا كما لايخفى وأما صاحب معراج الدراية وغيره لما رأوا معــنى الــكلام بمقتضى المقام غــير قابل للصرف الى غــير ذلك صرحوا بان قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الخ جواب عن ذلك السؤال ولكن لم يتعرض

انه لم يقصد ذلك فحمل على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بالغبن اليسير والوكيل بالبيع لايعدو تصرفه

وتاويل

وقبض الثمــن أولم يقبضه فرده المشــترى على البائع بعيب فاما أن يكــون ذلك بقضاء أو بغــيره فان كان الاول فلا يخلو اما أن يكون بعيب يحدث مثله أولم يكن فان لم يكن فاما أن يكــون العيب ظاهرا والقاضى عاين البيع أولم يكن فان كان الاول لايحتاج الى حجــة من بينة أونكول أواقرار لان القاضى تيقن بحــدوث العيب فى يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج للرد اليها وان لم يكــن فلا بد منها لالقضاء بل لانه اذا لم يعاين البيع قد يشتبه تاريخــه فيحتاج اليها لظهوره

(قال المصنف بعيب لايحدث مثله) أقول أى فى تلك المدة كما يفهم من المقابلة يدل عليه قول القاضى يعــلم أنه لايحدث فى مدة أشهر وهذا أعم مما لايحدث أصــلا أو يحدث لكن لافى تلك المدة

وتاويل اشتراطها فى الــكتاب أن القاضى يعلم أنه لايحدث مثله فى مدة شهر مثلا لــكنه اشتبه عليه تاريخ البيــع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان عيبا لايعرفه الا النساء أو الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة لافى الرد فيفتقر اليها فى الرد حتى لو كان القاضى عاين البيــع والعيب ظاهر لايحتاج الى شىء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة

أحد منهم لبيان ركاكة الفاء حينئذ فتلخص مما ذكرنا أنه لو قال المصنف ولم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج بتبديل الفاء بالواو لــكان كلامه أســلم وأوفى (وتاويل اشتراطها) أى اشتراط هذه الحجج (فى الــكتاب) يعنى الجامع الصغير (ان القاضى يعلم انه) أى العيب المذكور (لايحدث مثله فى مدة شهر مثلا لــكنه اشتبه عليه) أى على القاضى (تاريخ البيــع فيحتاج الى هــذه الحجج) أى الى واحد منها (لظهور التاريخ) أى لاجل ظهور التاريخ عنده حتى يتبين له أن هذا العيب كان فى يد البائع فيرد المبيــع عليه (أو كان عيبا) اشارة الى تاويل آخر أى أو كان العيب الذى يريد المشترى الرد به عيبا (لايعرفه الا النساء) كالقرن فى الفرج ونحوه (أو الاطباء) أى أو عيبا لايعرفه الا الاطباء كالدق والسعال القديم (وقولهن) أى قول النساء (وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة) للمشترى (لافى الرد) أى ليس بحجة فى الرد على البائع (فيفتقر) أى القاضى (اليها) أى الى الحجج المذكورة (فى الرد) على البائع أقول فى هذا التاويل نظر اذ على هذا لايتم قول المصنف فيما مرآنفا فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج والاحتياج الى التاويل انما كان لاجل تتميم ذلك بل على هذا لايتم جواب أصل المسألة أيضا اذ ينبغى حينئذ أن يكون الجواب فى الرد على المامور بعيب لايحدث مثله مثل الجواب فى الرد عليه بعيب يحدث مثله فى صورة ان كان ذلك باقرار لانه لما لم يكن قول النساء ولاقول الاطباء حجة فى حق الرد بل كان القاضى فيه مفتقرا الى احدى الحجج المذكورة فيما لايحدث مثله أيضا كان قضاؤه على المامور باقراره قضاء بحجة قاصرة لم يضطر المامور اليها فينبغى أن لاتتعدى الى الآمر بعين ماذكروا فيما يحدث مثله فتامــل ثم ان صاحب الــكافى زاد ههنا تاويلا ثالثا وقدمه على التاويلين اللذين ذكرهما المصــنف حيث قال ومعنى شرط البينة والنكول والاقرار أن يشتبه على القاضى أن هذا العيب قديم أم لا أو علم انه لايحدث فى مدة شهر مثلا ولكن لايعــلم تاريخ البيــع فاحتاج الى هــذه الحجج ليظهر التاريخ أو كان عيبا لايعرفه الا النساء أو الاطباء كالقرن فى الفرج ونحوه وقولهن وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة ولــكن لايثبت الرد بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد انتهــى وذكره صاحب غاية البيان أيضا أقول ذلك التاويل مما لانرى له وجــه صحة ههنا لان الكلام فى الرد بعيب لايحدث مثله والعيب الذى يشتبه على القاضى أنه قديم أم لا مما يحدث مثله اذ لا شك أن المراد بما يحدث مثله مايجوز أن يحدث مثله عند المشــترى لامايتعين حدوثه عنده والالما صح رده على البائع ولو بحجة وان المراد بما لايحدث مثله مالايجوز أن يحدث مثله عند المشترى فالذى يشتبه انه قديم أم لا مما يجوز أن يحدث مثله والالما اشتبه حاله فان مالايجوز أن يحدث مثله قديم البتة (حتى لو كان القاضى عاين البيــع والعيب ظاهر لايحتاج) أى القاضى (الى شىء منها) أى من تلك الحجج (وهو) أى الرد على الوكيل (رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة) مع الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى والفسخ

ما أمر ببيعه فامكن اعتبار الاطلاق فيه (قوله وتاويل اشتراطها فى الــكتاب) يعنى لما تيقن القاضى بحدوث العيب فى البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج فما معنى اشتراطها فقال تاويل اشتراطها ان القاضى علم أن العيب لايحدث مثله فى شهر لــكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج ليظهر تاريخ البيــع فيحصــل العلم للقاضى ان العيب كان عند البائع لان مثل هذا العيب لايحدث فى مثل هــذه المدة أو كان عيبا لايعرفه الا الأطباء أو النساء وقولهن وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة لافى الرد فيفتقر الى هــذه الحجة للرد * فان قيل اذا أقر الوكيــل بالعيب فلا حاجة حينئذ الى قضاء القاضى لانه يقبله لامحالة فــما معنى ذكر قضاء القاضى مع الاقرار * قلنا يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضى كان جبرا

وقد لايكون العيب ظاهرا كالقرن فى الفرج والمرض الدق فيحتاج الى النساء أو الاطباء فى توجه الخصومة والرد لايثبت بقول النساء أو الطبيب فيحتاج الى الحجة وفى هاتــين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الى رد وخصومة لان الرد بالقضاء فسخ لعــموم ولاية القاضى والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وان كان بعيب يحدث مثله فان رده ببينة أو باباء يمــين فكذلك لان البينــة حجة مطلقة أى كاملة فتتعدى

(قال المصــنف فيفتقر اليها) أقــول قال الاتقانى أى فيفتقر المشــترى الى الحجة وهى نكول البائع عن اليمين مثلا ويرد المبيع انتهــى ولعله قصور

قال (وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو باباء يمين) لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر قال (فان كان ذلك باقراره لزم المأمور) لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد

بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل (قال وكذلك اذا رده) أي وكذلك الحكم اذا رد المشترى العبد عليه) أي على الوكيل (بعيب) أي بسبب عيب (يحدث مثله ببينة) متعلق برده أي رده عليه ببينة (أو باباء يمين) أي النكول عن اليمين (لان البينة حجة مطلقة) أي كاملة فتتعدى كذا في العناية وهو الظاهر وقيل أي مثبتة عند الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل كذا في معراج الدراية أخذا من الكافي (والوكيل مضطر في النكول) هذا جواب عن خلاف زفر في اباء عن يمين فانه قال لو رد على الوكيل بنكوله لم يكن له أن يرده على الموكل كمن اشترى شيأ باعه من غيره ثم ان المشترى الثاني وجد عيبا فرده على المشترى الاول بنكوله لم يكن له أن يرده على بائعه فجعل هذا وما لو رد عليه باقراره سواء في حق البائع فكذا في حق الوكيل ولكنا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول (لبعد العيب عن علمه) أي عن علم الوكيل باعتبار عدم ممارسة المبيع) فانه لم يمارس أحوال المبيع وهو العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف أن يحلف كاذبا فينكل والموكل هو الذي أوقعه في هذه الورطة فكان الخلاص عليه فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة (فيلزم الآمر) أي فيلزم العبد الآمر أو فيلزم حكم النكول الآمر بخلاف ما اذا أقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول فيكون هو في الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشترى الاول فانه مضطر الى النكول ولكن في عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية (قال) أي محمد في الجامع الصغير (فان كان ذلك) أي الرد على الوكيل (باقرار) أي باقراره (لزم المامور) أي لزم العبد المامور وهو الوكيل (لان الاقرار حجة قاصرة) فيظهر في حق المقر دون غيره (وهو) أي المأمور (غير مضطر اليه) أي الى الاقرار (لامكانه السكوت والنكول) برفع السكوت والنكول يعني يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالسكوت والنكول (الا أن له أن يخاصم الموكل) يعني لكن للوكيل أن يخاصم الموكل (فيلزمه ببينة أو بنكوله) أي بنكول الموكل قال بعض الفضلاء لم يذكر الاقرار اذ لا فائدة في المخاصمة هنا اذا كان مقرا بخلاف الوكيل انتهى أقول ليس هذا بتام اذ يجوز أن يقر الموكل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول ففائدة الخصومة أن يجبره القاضي على القبول كما قالوا في اقرار الوكيل على أنه يجوز أن يظهر اقرار الموكل بعد مخاصمة الوكيل لا قبلها فلا معنى لقوله اذ لا فائدة في المخاصمة ههنا اذا كان مقرا فتدبر (بخلاف ما اذا كان الرد) أي الرد باقرار

عليه على القبول (قوله وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو باباء يمين) أي ان نكل الوكيل برده على الآمر أيضا وفيه خلاف زفر رحمه الله * فان قيل اذا كان الرد بالاباء يجب أن لا يلزم الموكل كمن اشترى شيأ وباعه من غيره ثم ان المشترى الثاني وجد به عيبا فرده على المشترى الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه وهذا دليل زفر رحمه الله فجعل هذا وما لم يرد عليه باقراره سواء في حق البائع الاول فكذا في حق الموكل ولكنا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لانه لا يمكنه ان يحلف كاذبا اذا كان عالما بالعيب وانما اضطر الى ذلك بعمل باشره للآمر فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيه بخلاف ما لو أقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول ولكن في عمل باشره لنفسه لا يرجع بعهدته على غيره (قوله والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه) هذا يشير الى أن الوكيل يحلف على البتات اذ لو كان على العلم لم يكن مضطرا لبعد العيب عن علمه ولكن عامة الروايات على ان الوكيل يحلف على العلم فاذا علم بالعيب فحينئذ يضطر الى النكول (قوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث

بغير

والوكيل في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر وان رده باقرار لزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه أمكنه السكوت أو الانكار حتى تعرض عليه اليمين ويقضى بالنكول لكن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة

(قال المصنف فان كان ذلك باقرار لزم المأمور) أقول قال الكاكي واذا كان عيبا لا يحدث مثله فرده باقراره بقضاء يكون ردا على الموكل باتفاق الروايات لان القاضي فسخ العقد بينهما بعلمه بقيام العيب عند البائع لا باقراره فيلزم الآمر كما لو رده ببينة انتهى بقي ههنا أمر وهو ما اذا كان علم القاضي للعيب القديم باقرار الوكيل بان كانت الجارية ملكا للوكيل ثم باعها من الموكل ووهبها له ثم باعها الوكيل بالوكالة من آخر فاراد المشترى الرد عليه بعيب القرن أو الرتق أو الفتق وأقر الوكيل عند القاضي بعيب ففي مثل هذه الصورة ينبغي أن يلزم الوكيل وكان له أن يخاصم الآمر بجريان الدليل بعينه فليتأمل

بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة

الوكيل (بغير قضاء) يعني أن ما سبق من أن للوكيل أن يخاصم الموكل فيما اذا كان الرد على الوكيل بقضاء القاضي باقراره وأما اذا كان ذلك بغير قضاء (والعيب يحدث مثله) فبخلافه (حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه) يعني الموكل (لانه) أي الرد بالاقرار والرضا من غير قضاء (بيع جديد في حق ثالث) وان كان فسخا في حق المتعاقدين (والبائع) يعني الموكل (ثالثهما) أي ثالث المتعاقدين وهما الوكيل والمشترى قال صاحب غاية البيان وكان ينبغي أن يقول أن يخاصم موكله أو يقول آمره وكان ينبغي أيضا أن يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما أو والآمر ثالثهما لان الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى واعتذر عنه صاحب العناية بان قال عبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بامر قد حصل من جهته فكأنه باعه اياه انتهى (والرد بالقضاء فسخ) هذا جواب سؤال وهو أن يقال ينبغي أن لا يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل أصلا فيما اذا حصل الرد باقرار الوكيل لكونه بيعا جديدا في حق الموكل فقال الرد بالقضاء فسخ (لعموم ولاية القاضي) يعني أن الرد بالقضاء لا يحتمل أن يكون عقدا مبتدأ لفقد شرطه وهو التراضي لان القاضي يرده على كره منه فجعل فسخا لعموم ولاية القاضي (غير أن الحجة قاصرة وهي الاقرار) يعني لكن الفسخ استند الى حجة قاصرة وهي الاقرار فعملنا بالجهتين (فمن حيث الفسخ) أي من حيث ان الرد بالقضاء فسخ (كان له) أي للوكيل (أن يخاصم) أي مع الموكل (ومن حيث القصور في الحجة) أي من حيث ان الاقرار حجة قاصرة (لا يلزم الموكل الا بحجة) أي الا باقامة الوكيل الحجة على الموكل قال صاحب العناية وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء لانه يقبله لا محالة انتهى أقول فيه بحث اذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل أن هذه الفائدة فائدة مترتبة على تحقق القضاء حاصلة بعد حصوله وما قال في النهاية انما هو في أصل تحقق القضاء وحصوله ابتداء فانه اذا أقر الوكيل بالعيب لم يبق هناك حاجة الى قضاء فمن أي وجه يتحقق القضاء حتى تترتب عليه الفائدة المذكورة وهذا كلام جيد لا يسقط بما توهمه صاحب العناية فان للسائل أن يقول ثبت العرش ثم انقش ثم ان صاحب النهاية لم يثبت على ذلك القول بل ذكره بطريق السؤال وأجاب عنه بان قال يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول انتهى وقد ذكرنا السؤال والجواب في أول المسئلة ولا يخفى أن ذلك الجواب جواب حسن ووجه وجيه فان فيه مندوحة عن التوجيه الذي تمحل به المصنف في باب خيار العيب في مسئلة رد المشترى الثاني على المشترى الاول بعيب بقضاء القاضي باقرار أو ببينة أو باباء يمين حيث قال

مثله) حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه أي موكله سماه بائعا لكونه بمنزلة البائع في أنه يرد عليه الوكيل تارة ويخاصمه في الرد في بعض الصور * والفرق ان الرد لما حصل بقضاء تعذر اعتباره بيعا جديدا لفقد التراضي فكان فسخا الا أن هذا فسخ بدليل قاصر فلقصور الحجة لا يكون الرد على الوكيل ردا على الموكل من حيث انه فسخ كان له ان يخاصم الموكل ومتى كان الرد بالاقرار بغير قضاء كان فسخا بالتراضي فامكن اعتباره بيعا جديدا في حق الثالث فيبطل حق الخصومة * فان قيل الوكيل بالاجارة اذا آجر وسلم ثم اطلع المستاجر بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل حتى كان الوكيل استاجر من المستاجر وذلك جائز اذا فعل * قلنا لا فرق بينهما في الحقيقة لان قبول الوكيل في الاجارة بمنزلة ما لو قبل الوكيل في البيع

أو بنكول الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة وهي الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزمه وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة وان كان الثاني فاما أن يكون بعيب يحدث مثله أولا فان كان الاول وكان رده باقرار لزم الوكيل وليس له أن يخاصم آمره وعبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بامر قد حصل من جهته فكأنه باعه اياه لانه بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء والبائع أي الموكل ثالثهما وان كان الثاني والرد باقرار لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث مثله رد عليه من غير تكليف باقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل وفي عامة الروايات انه لا يلزم الامر وليس للمامور أن يخاصمه لما ذكرنا أنه بيع جديد في حق ثالث وقوله الرد متعين

(قوله أو بنكول الموكل الخ) أقول لم يذكر الاقرار اذ لا فائدة في المخاصمة هنا اذا كان مقرا بخلاف الوكيل (قال المصنف ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة) أقول وعدم الاضطرار اليه وهذا مراد أيضا كما يفهم من تقرير المصنف والا فينبغي أن لا يلزم الموكل في صورة النكول أيضا الا بحجة لان النكول حجة قاصرة أيضا خصوصا على أصلهما فانه اقرار عندهما (قوله لانه يقبله لا محالة) أقول اذ لا نسلم انه يقبله بدون القضاء لئلا تفوت تلك الفائدة (قوله

ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة فى رواية لان الرد متعين وفى عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا والحق فى وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه فى الكفاية باطول من هذا

هنالك ومعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فاثبت بالبينة انتهى فتفكر فان قيل اذا كان الرد باقرار الوكيل بغير قضاء ينبغى أن يكون له ولاية الرد على الموكل كما فى الوكيل بالاجارة فانه اذا أجر وسلم ثم طعن المستاجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة فى حق الموكل فكذا هذا قلنا من أصحابنا من قال لا فرق بينهما فى الحقيقة لان المعقود عليه فى اجارة الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان فى ضمان المؤجر فيكون هذا من المبيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهنالك يلزم الآمر فكذا فى الاجارة وقال شمس الائمة السرخسى وفى الكتاب علل للفرق بين الفصلين وقال ان فسخ الاجارة ليس باجارة فى حق أحد لان على احدى الطريقتين الاجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فبعد الرد بالعيب يمتنع الانعقاد الا أن يجعل ذلك عقدا مبتدأ وعلى الطريقة الاخرى العقد منعقد باعتبار اقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة وهذا حكم ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها ولا ضرورة الى أن يجعل الرد بالعيب عقدا مبتدأ لقيام الدار مقام المنفعة كذا فى النهاية ومعراج الدراية (ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء) أى وكان الرد بغير قضاء (باقراره) أى باقرار الوكيل (يلزم الموكل من غير خصومة فى رواية) أى فى رواية كتاب البيوع من الاصل (لان الرد متعين) وذلك لانهما فعلا غير ما يفعله القاضى لو رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه فى عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفهما اقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل قال فى الكافى فاذا تعين الرد صار تسليم الخصم وتسليم القاضى سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع فى الهبة (وفى عامة الروايات) أى عامة روايات المبسوط (ليس له) أى للوكيل (أن يخاصمه) يعنى لا يلزم الموكل وليس للوكيل أن يخاصمه (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه بيع جديد فى حق ثالث (والحق) أى حق المشترى (فى وصف السلامة) هذا جواب عن قوله فى رواية كتاب البيوع لان الرد متعين يعنى لا نسلم أن الرد متعين لان حق المشترى يثبت أولا فى الجزء الفائت وهو وصف السلامة (ثم ينتقل) بضرورة العجز عن ذلك (الى الرد ثم) ينتقل بامتناع الرد بحدوث عيب أو بحدوث زيادة فى المبيع (الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد) وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع قال المصنف (وقد بيناه فى الكفاية باطول من هذا) يريد بالكفاية كفاية المنتهى وهى شرح للبداية ألفها المصنف قبل الهداية كما ذكره فى الديباجة ولم نعلم وجود نسخها الآن ولم نسمع أن أحدا رآها قال الامام الزيلعى فى التبيين بعد بيان المقام على الوجه المذكور وهكذا ذكر الروايتان فى شروح الجامع الصغير وغيرها وبين الروايتين تفاوت كثير لان فيه نزولا من اللزوم الى أن لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب أن يقال لا يلزمه ولكن له أن يخاصم انتهى أقول ولعمرى ان رتبته لا تحمل الاقدام على مثل هذا الكلام لان ما عده أقرب قول ثالث لا رواية فيه عن المجتهدين فكيف يصح الجراءة عليه من عند نفسه سيما بعد الاطلاع على الادلة المذكورة فانها تقتضى ما فى

بالعيب قبل القبض بغير قضاء فانه يلزم الموكل لان المعقود عليه فى الاجارة المنافع وهى غير مقبوضة (قوله ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقرار فانه يلزم الموكل من غير خصومة فى رواية لان الرد متعين) لانهما فعلا بانفسهما عين ما يفعله القاضى لو ترافعا اليه لان الرد متعين فى هذا فاذا تعين الرد صار تسليم الخصم وتسليم القاضى سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع فى الهبة * وفى عامة الروايات ليس له أن يخاصم الموكل بل يلزم الوكيل لان الرد ثبت بالتراضى فصار كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله القاضى فكيف يكون ذلك مع التفاوت فى الولاية وفى حكم الاصل اذ الاصل فى هذه المطالبة بوصف السلامة وانما يصار

ممنوع لان حق المشترى فى الجزء الفائت ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان ولم يذكر صورة الرد بالبينة والنكول لعدم تأتيهما لدى عدم القضاء قال

ثم) ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع) أقول اذا امتنع الرد بتعيب المبيع عند المشترى بعيب آخر

قال

قال (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتنى ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر) لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال (وان اختلف فى ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب) لان الاصل فى المضاربة العموم ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع والمضارب فى نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى أى أجل كان

احدى الروايتين البتة لا غير كما لا يخفى على المتأمل (قال) أى قال محمد فى الجامع الصغير (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتنى ببيعه ولم تقل شيأ فالقول قول الآمر) يعنى اذا اختلف الآمر والمامور فى اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور بل أمرتنى ببيعه ولم تقل شيأ زائدا عليه فالقول قول الآمر (لان الامر يستفاد من جهته) أى من جهة الآمر ومن يستفاد الامر من جهته فهو أعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان فى العقد ما يخالف مدعاه وليس بموجود وقد أشار اليه بقوله (ولا دلالة على الاطلاق) اذ الامر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على أحد الوجهين على أن الاصل فى عقد الوكالة التقييد لان مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشئ لا يكون وكيلا ببيعه ألا يرى أنه لو قال لغيره وكلتك بمالى أو فى مالى لا يملك الا الحفظ وكان مدعيا لما هو الاصل فيه فكان القول قوله (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (وان اختلف فى ذلك) أى فى الاطلاق والتقييد (المضارب ورب المال) فقال رب المال أمرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم تعين شيأ (فالقول قول المضارب) قال صاحب العناية فى تصوير الاختلاف ههنا فقال رب المال أمرتك أن تعمل فى البز وقال المضارب دفعت الى المال مضاربة ولم تقل شيأ أقول هذا التصوير لا يطابق المشروح وهى مسئلة الجامع الصغير فان صورتها هكذا محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فاختلفا فقال رب المال أمرتك أن تبيعه بالنقد دون ما سواه وقال المضارب أعطيتنى المال مضاربة ولم تقل شيأ قال القول قول المضارب الذى أخذ المال انتهى لفظ محمد قال المصنف فى تعليل هذه المسئلة (لان الاصل فى المضاربة العموم) يعنى أن الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا أن فى العقد ما يخالف دعواه بناء على أن الاصل فى المضاربة العموم والاطلاق (ألا ترى أنه) أى المضارب (يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة) يعنى أن المضاربة تصح عند الاطلاق ويثبت الاذن عاما (فقامت دلالة الاطلاق) أى فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعى الاطلاق فى المضاربة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله (بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع) أى فى نوع مسمى (والمضارب فى نوع آخر) أى وادعى المضارب المضاربة فى نوع آخر (حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل) أى عقد المضاربة (الى الوكالة المحضة) وفيها القول للآمر كما مر آنفا (ثم مطلق الامر بالبيع) فى صورة الوكالة (ينتظمه) أى ينتظم البيع (نقدا ونسيئة الى أى أجل كان)

الى الرد لضرورة العجز فاذا انقلاه الى الرد لم يصح فى حق غيرهما ولهذا لو امتنع الرد وجب الرجوع بحصة العيب وفى تلك المسائل الحق متعين لا يحتمل النقل الى غيره وهذا هو المراد بقوله وقد بيناه فى الكفاية باطول من هذا (قوله ولا دلالة على الاطلاق) أى معنى الوكالة على التقييد حيث لا تثبت الوكالة بدونه ولهذا ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشئ لا يكون وكيلا ببيع ذلك الشئ ألا ترى انه لو قال لغيره وكلتك بمالى أو فى مالى لم يكن له ان يتصرف فيه بشئ بل يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط أما لو دفع المال مضاربة بالنصف كان للمضارب ان يتصرف فيه ما بدا له من التجارة فمن ادعى الاطلاق فى المضاربة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله (قوله ومن ادعى التقييد فى الوكالة) كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله (قوله الى أى أجل كان)

(ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدى بنقد الخ) اذا اختلف الآمر والمامور فى اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور بل أمرتنى ببيعه ولم تقل شيأ فالقول للآمر لان الامر يستفاد من جهته ومن يستفاد الامر من جهته أعلم بما قال فكان هو المعتبر الا اذا كان فى العقد ما يخالف مدعاه وليس ذلك بموجود لان عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشئ لا يكون وكيلا ببيعه ولو قال وكلتك بمالى أو فى مالى لا يملك الا الحفظ فليس فى العقد ما يدل على خلاف مدعاه من الاطلاق ولو اختلف المضارب ورب المال فى الاطلاق والتقييد فقال رب المال أمرتك أن تعمل فى البز وقال المضارب دفعت الى المال مضاربة ولم تقل شيأ فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا أن فى العقد ما يخالف دعواه لان الاصل فى المضاربة العموم ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فكانت دلالة الاطلاق قائمة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع والمضارب فى نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر آنفا (ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى أى أجل كان)

متعارف عند التجار فى تلك السلعة أو غير متارف فيها كالبيع (الى خمسين سنة عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يتقيد باجل متعارف (والوجه) من الجانبين (تقدم) فى مسئلة الوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافا لهما (ومن أمر رجلا بيبع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع فى يده أو أخذبه كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه) قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هى على حقيقتها والتوى فيها بان يموت الكفيل والاصيل مفلسين وقيل التوى فيها هو أن يأخذ كفيلا و يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه و يموت الكفيل مفلسا وانما لم يكن عليه ضمان لان الوكيل أصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا أخذ بالدين رهنا أو كفيلا فانه لا يجوز

عند أبى حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع فى يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه) لان الوكيل أصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه

متعارف عند التجار فى تلك السلعة أو غير متعارف فيها (عند أبى حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف) حتى لو باع باجل غير متعارف عند التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما (والوجه قد تقدم) أى الوجه من الجانبين قد تقدم فى مسئلة الوكيل بالبيع فان أبا حنيفة عمل بالاطلاق وهما بالمتعارف قال صاحب الغاية وكان الانسب أن يذكر مسئلة النسيئة فى أوائل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما أشار الى ذلك الموضع بقوله والوجه قد تقدم (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع) أى الرهن (فى يده أو أخذ به) أى بالثمن (كفيلا فتوى المال عليه) أى على الكفيل (فلا ضمان عليه) أى على المأمور قال الكاكى فى معراج الدراية فلا ضمان عليه أى على الكفيل وتبعه الشارح العينى أقول لا وجه له أصلا اذ الضمان على الكفيل أمر مقرر ليس بمحل لتلك فضلا عن الحكم بخلافه وانما الكلام فى عدم الضمان على الوكيل اذ هو محل شبهة فهو مورد البيان ألا يرى قول المصنف فى تعليل المسئلة (لان الوكيل أصيل فى الحقوق) أى فى حقوق العقد (وقبض الثمن منها) أى من الحقوق (والكفالة توثق به) أى بالثمن (والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء) أى لجانب استيفاء الثمن فقد ازداد بالكفالة والرهن معنى الوثيقة فكانا مؤكدين لحق استيفاء الثمن (فيملكهما) أى فيملكهما الوكيل فاذا ضاع الرهن فى يده لم يضمن لان استيفاء الرهن كان استيفاء الثمن من حيث انه بدله أقيم مقامه ولو هلك الثمن فى يده هلك أمانة فكذلك الرهن وقيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هى على حقيقتها والتوى فيها بان يموت الكفيل والاصيل مفلسين وقيل التوى فيها بان يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه أو يموت الكفيل مفلسا كذا فى الشروح واعلم أن القول الثالث الذى ذهب اليه صاحب الكافى حيث قال فتوى المال على الكفيل بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل فتوى المال على الكفيل انتهى وان الامام الزيلعى قد اختار ذلك وزيف القولين الاولين حيث قال فى التبيين وفى النهاية المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا كله ليس بشئ لان المراد ههنا توى مضاف الى أخذه الكفيل بحيث أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لم يتو دينه كما فى الرهن والتوى الذى ذكره ههنا غير مضاف الى أخذ الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لتوى بموت من عليه الدين مفلسا وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه أن يقال المراد بالتوى توى مضاف الى أخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل أن يكون القاضى مالكيا و يحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا الى ههنا كلامه فتامل (بخلاف الوكيل بقبض الدين) اذا أخذ بالدين رهنا أو كفيلا فانه لا يجوز (لانه) أى الوكيل بقبض

عند أبى حنيفة رحمه الله حتى لو باع باجل غير متعارف بين التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده عملا بالاطلاق (قوله والوجه قد تقدم) أى الوجه من الجانبين قد تقدم فى التوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض وعندهما يتقيد بالمتعارف (قوله فتوى المال عليه) بان مات الكفيل مفلسا والمكفول عنه أيضا

(قوله قيل المراد بالكفالة الى قوله برفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه و يموت الكفيل مفلسا) أقول قوله برفع الامر الى حاكم يعنى الى حاكم مالكى يرى براءة الاصيل ولا يرى الرجوع على الاصيل بموت الكفيل مفلسا ورجح الزيلعى القيل الثالث لان المراد توى مضاف الى أخذ الكفيل بحيث انه لو لم يأخذ كفيلا لم يتو دينه كما فى الرهن ولا يتحقق ذلك فى القيل الثانى لانه لو لم [illegible] الحوالة لا يتوى بل يرجع به على المحيل

يفعل

يفعل نيابة وقد أنابه فى قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

(فصل) قال (واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر) وهذا فى تصرف يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك

الدين (يفعل نيابة) أى يتصرف نيابة عن الموكل حتى اذا نهاه الموكل عن القبض صح نهيه (وقد أنابه فى قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن) فيقتصر على قدر المامور به دون غيره (والوكيل بالبيع يقبض) أى يقبض الثمن (أصالة) لا نيابة (ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه) أى عن قبض الثمن فينزل الوكيل فى ذلك منزلة المالك والمالك لو أخذ بالثمن رهنا أخذ به كفيلا جاز فكذلك الوكيل بالبيع

(فصل) لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر فى هذا الفصل حكم وكالة الاثنين لما أن الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمهما كذا فى الشروح قال فى غاية البيان بعد ذكر هذا الوجه ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كبير حاجة الا أن يقال يفهم هنا شئ آخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج والكتابة والاعتاق والاجارة وهذا احسن انتهى (واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر) هذا لفظ القدورى فى مختصره اعلم أن هذا الحكم فيما اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتهما ببيع عبدى أو بخلع امرأتى وأما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف كما صرح به فى المبسوط حيث قال فى باب الوكالة بالبيع والشراء واذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل آخر به أيضا فايهما باع جاز لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حيث وكله ببيعه وحده بخلاف الوصيين اذا أوصى الى كل واحد منهما فى عقدة على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف فى أصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا أفرد كل واحد منهما بالعقد يستبد كل واحد منهما بالتصرف انتهى قال المصنف (وهذا) أى الحكم المذكور فى مختصر القدورى وهو عدم جواز تصرف أحد الوكيلين بدون الآخر (فى تصرف يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك) أقول فيه شئ وهو أنه لو كان هذا الذى ذكره القدورى فى مختصره مقيدا بتصرف يحتاج فيه الى الرأى لما احتاج الى استثناء أمور أربعة من الامور الخمسة التى استثنى التوكيل بها من الحكم المذكور وهى ما سوى الخصومة لانها مما لا يحتاج فيه الى الرأى كما سياتى التصريح به من المصنف ومع ذلك لما تم الجمع بين تلك الامور

مات مفلسا أو غاب ولا يعرف موضعه أو بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك رحمه الله فحكم ببراءة الاصيل فتوى المال على الكفيل (قوله والوكيل بالبيع يقبض اصالة) لان الوكيل بالبيع أصيل فى حق الحقوق ولهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن وكان له ولاية الارتهان وأخذ الكفيل فاذا ضاع الرهن فى يده فقد صار مستوفيا والاستيفاء لو لم له ألا ترى انه لو استوفى الثمن حقيقة ثم هلك فى يده كان الهلاك على الموكل والوكيل بالبيع لو احتال بالثمن لم يجز عند أبى يوسف رحمه الله لان الحوالة تتضمن ابراء المحيل والوكيل لا يملك ذلك ولو رد الرهن جاز وضمن للموكل أقل من قيمته ومن الثمن وعند أبى يوسف رحمه الله لا يصح رده

(فصل) واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر هذا اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتكما ببيع عبدى هذا أو بخلع امرأتى اما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد فى التصرف وفى المبسوط فى باب الوكالة بالبيع والشراء اذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل آخر به أيضا فايهما باع جاز لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وحده وهذا بخلاف الوصيين اذا أوصى الى كل واحد منهما فى عقدة على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف فى أصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا أفرد

لانه يتصرف نيابة حتى اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه فى قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل بالبيع بقبض الثمن أصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض

(فصل) وجه تاخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعا ووضعا (واذا وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف) لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد بما فى الكتاب فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر سواء كانا ممن تلزمهما الاحكام أو أحدهما صبى أو عبد محجور ان كان التصرف مما يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك اذا قال وكلتكما ببيع كذا أو بخلع كذا

لان الموكل رضى برأيهما لا برأى أحدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى قال (الا أن يوكلهما بالخصومة) لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب فى مجلس القضاء

الجنسة فى الاستثناء بكلمة واحدة لان الاستثناء يصير حينئذ متصلا بالنظر الى التوكيل بالخصومة ومنقطعا بالنظر الى التوكيل بما سواها وقد تقرر فى كتب الاصول أن صيغة الاستثناء حقيقة فى المتصل مجاز فى المنقطع فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فالاظهر أن كلام القدورى ههنا مطلق وبعد الاستثناء الآتى يخرج منه ما لا يحتاج فيه الى الرأى وما يحتاج فيه الى الرأى ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالخصومة ويصير الاستثناء متصلا بالنظر الى الكل فينتظم المقام ويتضح المرام فان قلت ليس مراد المصنف أن كلام القدورى ههنا مقيد بما ذكره المصنف قبل دخول الاستثناء عليه حتى يرد عليه ما ذكر بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظة دخول الاستثناء الآتى عليه قلت حاصل المعنى ههنا بملاحظة الاستثناء الآتى أن يكون التوكيل فى تصرف يحتاج فيه الى الرأى ولا يتعذر الاجتماع عليه وهذا أخص مما ذكره المصنف فبيان المعنى ههنا بما ذكره لا يطابق الحاصل من كلام القدورى لا قبل الاستثناء ولا بعده فلا يجدى كبير طائل كما لا يخفى وقال المصنف فى تعليل أصل المسئلة (لان الموكل رضى برأيهما لا برأى أحدهما) اذ لا ينال برأى أحدهما ما ينال برأيهما حتى ان رجلا لو وكل رجلين ببيع أو بشراء فباع أحدهما أو اشترى والآخر حاضر لم يجز الا أن يجيز الآخر وفى المنتقى وكل رجلين ببيع عبده فباعه أحدهما والآخر حاضر فاجاز بيعه جاز وان كان غائبا عنه فاجازه لم يجز فى قول أبى حنيفة كذا فى الذخيرة وذكر فى المبسوط لو وكل رجلين ببيع شئ وأحدهما عبد محجور أو صبى لم يجز للآخر أن ينفرد ببيعه لانه ما رضى ببيعه وحده حين ضم اليه رأى الآخر ولو كانا حرين فباع أحدهما والآخر حاضر فاجاز كان جائزا لان تمام العقد برأيهما ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه وحده لانه ما رضى برأيه وحده (والبدل وان كان مقدرا) هذا جواب شبهة وهى أنه اذا قدر الموكل البدل فى البيع ونحوه لا يحتاج الى الرأى فينبغى أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف فى ذلك كما فى التوكيل بالاعتاق بغير عوض فاجاب عنها بان البدل وان كان مقدرا (ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى) يعنى أن تقدير البدل انما يمنع النقصان لا الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء أحدهما وهدايته دون الآخر فيحتاج الى رأيهما من هذه الحيثية وكذا يختار أحدهما المشترى الذى لا يماطل فى الثمن دون الآخر فيحتاج الى ذلك من هذه الحيثية أيضا (قال) أى القدورى فى مختصره (الا أن يوكلهما بالخصومة) هذا استثناء من قوله فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعنى أن أحد الوكيلين لا يتصرف بانفراده الا فى الخصومة فانه لو خاصم أحدهما بدون الآخر جاز وذكر فى الفوائد الظهيرية فاذا انفرد أحدهما بالخصومة هل يشترط حضور صاحبه فى خصومته بعض مشايخنا قالوا يشترط وعامة مشايخنا على أنه لا يشترط واطلاق محمد يدل على هذا قال المصنف فى تعليل ما فى الكتاب (لان الاجتماع فيها) أى فى الخصومة (متعذر للافضاء الى الشغب) الشغب بالتسكين تهييج الشر ولا يقال شغب بالتحريك كذا فى الصحاح (فى مجلس القضاء) ولا بد من صيانة مجلس القضاء عن الشغب لان المقصود فيه اظهار الحق وبالشغب

كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد بالتصرف وفى المنتقى وكل رجلين ببيع عبده فباعه أحدهما والآخر حاضر فاجاز بيعه جاز وان كان غائبا عنه فاجازه لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله (قوله والبدل وان كان مقدرا) جواب سؤال وهو أن البدل اذا كان مقدرا لا يحتاج فيه الى الرأى فينبغى أن يستبد كل واحد منهما بالتصرف حينئذ فقال والبدل وان كان مقدرا ولكن تقدير الثمن فى البيع يمنع النقصان دون الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء أحدهما وهدايته أو يختار الآخر مشتريا لا يماطل فى أداء الثمن (قوله الا أن يوكلهما بالخصومة) فلا يشترط حضور صاحبه فى خصومته عند الجمهور وقيل يشترط (قوله للافضاء الى الشغب) فانه مانع اظهار الحق ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء

لان الموكل رضى برأيهما لا برأى أحدهما ولو مات أحدهما أو ذهب عقله ليس للآخر أن يتصرف (قوله والبدل وان كان مقدرا) جواب عما يقال اذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأى بعده فيجوز أن يتصرف أحدهما ووجه ذلك أن البدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعماله فى الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتمل أن يزيد الثمن ويختاران من هو أحسن أداء للثمن وقوله (الا أن يوكلهما بالخصومة) استثناء من قوله فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعنى أن أحد الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه الى الرأى الا فى الخصومة فان تكلمهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها متعذر للافضاء الى الشغب فى مجلس القضاء

(قوله يعنى أن أحد الوكيلين الخ) أقول لعله بيان لخلاصة المعنى والا يكون الاستثناء منقطعا بالنسبة الى الطلاق والعتق بغير عوض من غير ضرورة داعية اليه اذ المستثنى منه وهو كلام القدورى مطلق عن الاحتياج الى الرأى كما لا يخفى

وقوله (والرأى يحتاج اليه سابقا) اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما أن يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأى والموكل رضى برأيهما ووجه ذلك أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل فى تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك وقوله (أو بطلاق زوجته بغير عوض) وما بعده معطوف على المستثنى فاذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق أحدهما وأبى الآخر أن يطلق فهو جائز وكذا بالعتق المفرد وكذا اذا وكله برد الوديعة أو بقضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأى بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض أحدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين أنفع فاذا قبض أحدهما كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مامور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه وأما منفردا فغير مامور بقبض شئ منه قوله

والرأى يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال (أو بطلاق زوجته بغير عوض أو برد وديعة عنده أو قضاء دين عليه) لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأى بل هو تعبير محض وعبارة

لا يحصل ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء فلما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة أحدهما (والرأى يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة) اشارة الى دفع قول لزفر فانه قال ليس لاحدهما أن يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأى والموكل انما رضى برأيهما ووجه الدفع أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل فى تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك (قال) أى القدورى فى مختصره (أو بطلاق زوجته بغير عوض) هذا وما بعده معطوف على المستثنى وهو قوله بالخصومة أى أو ان يوكلهما بطلاق زوجته بغير عوض فان لاحدهما أن يطلقها بانفراده (أو بعتق عبده بغير عوض) أى أو ان يوكلهما بعتق عبده بغير عوض فان لاحدهما أن يعتقه وحده (أو برد وديعة عنده) أى أو ان يوكلهما برد وديعة فان لاحدهما أن يردها منفردا قيد بردها اذ لو وكلهما بقبض وديعة له لم يكن لواحد منهما أن ينفرد بالقبض صرح به فى الذخيرة فقال قال محمد رحمه الله فى الاصل اذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض أحدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط اجتماعهما على القبض واجتماعهما عليه ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين أنفع فاذا قبض أحدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا ثم قال فان قيل ينبغى أن يصير ضامنا للنصف لان كل واحد منهما مامور بقبض النصف قلنا كل واحد منهما مامور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه وأما فى حالة الانفراد فغير مامور بقبض شئ منه انتهى وذكر صاحب العناية مضمون ما فى الذخيرة ههنا ولكن ما عزاه الى الذخيرة وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن العناية وفيه كلام وهو أن هذا انما يتم فيما يقسم عند أبى حنيفة على ما سيجئ فى الوديعة انتهى أقول ليس كلامه بشئ اذ منشؤه الغفول عن قيد الاذن فان الذى سيجئ فى الوديعة هو أنه ان أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر وهذا عند أبى حنيفة وقالا لاحدهما أن يحفظه باذن الآخر فى الوجهين انتهى ولا يخفى أن المفهوم منه أن لا يجوز حفظ أحدهما الكل بلا اذن صاحبه فى الوجهين معا بلا خلاف وأن لا يجوز ذلك باذن الآخر أيضا فيما يقسم عند أبى حنيفة خلافا لهما وما ذكر فى الذخيرة وفى العناية انما هو فيما اذا قبض أحدهما الكل بغير اذن صاحبه فهو تام فى الوجهين معا بالاتفاق (أو بقضاء دين عليه) أى أو ان يوكلهما بقضاء دين على الموكل فان لاحدهما الانفراد فيه أيضا (لان هذه الاشياء) يعنى الطلاق بغير عوض والعتاق بغير عوض ورد الوديعة وقضاء الدين (لا يحتاج فيها الى الرأى بل هو) أى بل أداء الوكالة فيها (تعبير محض) أى تعبير محض لكلام الموكل (وعبارة

(قوله والرأى يحتاج اليه سابقا) يعنى أن الخصومة وان افتقرت الى تعاون الرأيين ليعتضد كل واحد منهما بالآخر فى استنباط ما هو الاصوب فيها لكن انما يفتقر الى تعاون الرأيين على ذلك قبل مجلس القضاء (قوله أو برد وديعة) قيد بردها لانه اذا وكل وكيلين بقبض وديعة له ليس لكل واحد منهما أن ينفرد بالقبض وفى الاصل واذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض أحدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط اجتماعهما على القبض واجتماعهما على القبض ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين أنفع فاذا قبض أحدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا فان قيل ينبغى أن يكون ضامنا للنصف لان كل واحد منهما مامور بقبض النصف قلنا كل واحد منهما مامور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه فاما فى حالة الانفراد فغير مامور بقبض شئ منه

(قوله ووجه ذلك أن المقصود الخ) أقول ناظر الى قوله اشارة الى دفع قول من قال الخ (قوله ولو كانت بقبض الوديعة فقبض أحدهما الخ) أقول أى نصفه فيما يقسم أو الكل فيما لا يقسم ثم أقول هذا عام لما يقسم وما لا يقسم كما لا يخفى بل هذا ظاهر فيما لا يقسم (قوله لانه مامور بقبض النصف الخ) أقول بين فيما ينقسم اذ علم من أول الكلام حال ما لا يقسم أو بالاولوية ولا يبعد أن يقال أحد الوكيلين فيما لا يقسم مامور بقبض النصف أيضا وفى النصف الآخر نائب عن الوكيل الآخر فيتم الكلام فى الوديعة فافهم ثم اعلم أن قوله لانه مامور بقبض النصف الخ جواب عن سؤال مقدر

المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما أو قال أمرها بأيديكما لانه تفويض الى رأيهما ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما

المثنى والواحد سواء) لعدم الاختلاف في المعنى (وهذا) أى جواز انفراد أحدهما (بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما أو قال أمرها بأيديكما) حيث لا يجوز انفراد أحدهما في هاتين الصورتين (لانه) أى لان ما قاله لهما فيهما (تفويض الى رأيهما) فلا بد من اجتماعهما ونور ذلك بقوله (ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) كما مر في باب تفويض الطلاق واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف في ملك الآخر قيل ينبغي أن يقدر أحدهما على ايقاع نصف تطليقة وأجيب بان فيه ابطال حق الآخر اذ بايقاع النصف تقع تطليقة كاملة فان قيل الابطال ههنا ضمني فلا يعتبر وأجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما الى الاجتماع وقال بعض الفضلاء قوله ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس منقوض بقوله طلقاها فانه تمليك أيضا كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا انتهى أقول جميع مقدمات دليله على النقض سقيم أما قوله فانه تمليك أيضا فلانه خلاف المقرر لان قوله طلقاها بدون التعليق بالمشيئة توكيل لا تمليك وقد صرح به المصنف في باب تفويض الطلاق حيث قال وان قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده وله أن يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا انتهى وأما قوله كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة فلانه خلاف الواقع كما يظهر بمراجعة محله وأما قوله ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا فلانه خلاف المصرح به ألا ترى الى قول المصنف في أول فصل الاختيار من باب تفويض الطلاق ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع انتهى والى قوله في أواسط فصل الامر باليد من ذلك الباب والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه انتهى (ولانه) أى الآمر (علق الطلاق بفعلهما) أى بفعل المأمورين (فاعتبره) صيغة أمر من الاعتبار (بدخولهما) أى فاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين أى بدخولهما الدار مثلا يعني يشترط ثمة لوقوع الطلاق دخولهما جميعا حتى لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا فكذلك ههنا لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا قال صاحب النهاية قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجع الى قوله طلقاها ان شئتما وقوله لانه تفويض الى رأيهما راجع اليهما والى قوله أمرها بأيديكما وقد تبعه في جعل قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجعا الى قوله طلقاها ان شئتما كثير من الشراح فمنهم من صرح به كصاحب العناية حيث قال قوله ولانه علق الطلاق متعلق بقوله طلقاها ان شئتما ومنهم من أظهره في أثناء التحرير وهو صاحب غاية البيان وغيره حيث قالوا بصدد بيان قول المصنف فاعتبره بدخولهما حتى لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا فكذا هنا في قوله طلقاها ان شئتما لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا أقول وأنا لا أرى بأسا في ابقاء كلام المصنف ههنا على ظاهر حاله وهو أن يكون كل واحد من تعليليه عاما للصورتين معا بناء على أن التعليق كما يوجد في صورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما يوجد أيضا في صورة ان قال لهما أمرها بأيديكما وقد صرح

(قوله فاعتبره بدخولهما) أى فاعتبر التعليق بمشيئتهما بالتعليق بدخولهما بان قال ان دخلتما الدار فامرأته طالق لا تطلق ما لم يدخلا (قوله فعقد وكيله بحضرته جاز) لم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر من وكالة الاصل اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل الاول جاز حكي عن الكرخي رحمه الله انه قال ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا أجاز فكان حمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لانه لم يؤذن له بذلك صار وجود هذا التوكيل والعدم

(وهذا) أى جواز انفراد أحدهما (بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما أو قال أمرها بأيديكما لانه تفويض الى رأيهما ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) كما مر واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف في ملك الآخر قيل ينبغي أن يقدر أحدهما على ايقاع نصف تطليقة وأجيب بأن فيه ابطال حق الآخر فان قيل الابطال ضمني فلا يعتبر أجيب بأنه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع (قوله ولانه) متعلق بقوله طلقاها ان شئتما فان الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التطليق فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان بدخول أحدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قيل ففي قوله طلقاها أيضا معلق بفعلهما ويقع بايقاع أحدهما أجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف الشرط

(قوله ألا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس الخ) أقول منقوض بقوله طلقاها فانه تمليك أيضا كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا

قال

وهو قوله ان شئتما فان قيل فاجعله مثل قوله أمرها بأيديكما مفوضا الى رأيهما أجيب بانه ليس يحتاج الى الرأي بخلاف الامر باليد قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به الخ) وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف فيما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا (قوله وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء) وفيه تشكيك وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين والا لما جاز التعليل به فجاز أن يكون الوكيل الثاني أقوى رأيا من الاول وأيضا الرضا برأي الوكيل ورد توكيله تناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه في رأي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان ويمكن أن يجاب عنه بان العبرة للقوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الامور ولم يأذن له بالتوكيل الظاهر من حاله أنه ظن أن لا ثمة من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز (قوله الا أن يأذن) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل فانه ان أذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فقد رضي برأي غيره أو أطلق التفويض الى رأيه وذلك يدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته

(قوله فان قيل فاجعله) أقول الضمير في قوله فاجعله راجع الى قوله طلقاها في قوله فان قيل ففي قوله طلقاها الخ (قال المصنف لانه رضي برأيه) أقول الدليل خاص بما يحتاج الى الرأي والمدعى عام لغيره

قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به) لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال (الا أن يأذن له الموكل)

المصنف في فصل الامر باليد من باب تفويض الطلاق بان جعل الامر باليد فيه معنى التعليق وقال الشراح في بيانه وهذا لان معنى أمرك بيدك ان أردت طلاقك فانت طالق انتهى ولذلك لم أخصص قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما الخ بصورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما بل شرحته بوجه يعم الصورتين معا كما رأيته (قال) أى القدوري في مختصره (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لانه) أى الموكل (فوض اليه) أى الى الوكيل (التصرف) أى التصرف الذي وكل به (دون التوكيل به) أى لم يفوض اليه التوكيل بذلك التصرف فلا يملكه (وهذا) أى عدم جواز توكيل الوكيل فيما وكل به (لانه) أى لعلة أن الموكل (رضي برأيه) أى برأي الوكيل (والناس متفاوتون في الآراء) فلا يكون الرضا برأيه رضا برأي غيره فيكون الوكيل في توكيل الغير مباشرا غير ما أمر به الموكل ولا تجوز قال صاحب العناية وفيه تشكيك وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين والا لما جاز التعليل به فجاز أن يكون الوكيل الثاني أقوى من الاول وأيضا الرضا برأي الوكيل ورد توكيله تناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه في رأي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان ويمكن أن يجاب عنه بان العبرة في القوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الامور ولم يأذن له بالتوكيل كان الظاهر من حاله انه ظن أن لا ثمة من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز انتهى أقول الجواب الذي ذكره انما يدفع الوجه الاول من التشكيك المذكور دون الوجه الثاني منه لان قبول توكيل الاول وان كان مناقضا لظن الموكل الا أن رد توكيله أيضا مناقض لرضا الموكل برأي الوكيل كما ذكره في الوجه الثاني منه فما الرجحان في ايثار هذا التناقض على ذلك التناقض ثم أقول في الجواب عن الوجه الثاني منه ان الموكل انما رضي برأي الوكيل في تصرف خاص وهو ما وكل به من البيع أو الشراء أو الاجارة أو نحو ذلك والتوكيل ليس بداخل في ذلك التصرف فلا تناقض في رد توكيله وانما يصير ذلك تناقضا لو كان رضا الموكل برأي الوكيل في التوكيل أو برأيه مطلقا ولهذا اذا أذن له الموكل في التوكيل أو قال له اعمل برأيك يجوز توكيله كما سيأتي واعترض بعض الفضلاء على قول المصنف لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء بان الدليل خاص بما يحتاج الى الرأي والمدعى عام لغيره أيضا أقول أصل الدليل أنه رضي بفعله دون فعل غيره والناس متفاوتون في الافعال فيعم ما يعمه المدعى الا أنه أخرج الكلام مخرج الغالب فقال لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء (قال) أى القدوري في مختصره (الا أن يأذن له الموكل) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به فانه اذا

بمنزلة ولو عدم التوكيل من الاول حتى باع هذا الرجل والوكيل غائب أو حاضر فانه لا يجوز عقد هذا الفضولي الا باجازته لان اجازة بيع الفضولي لا تثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا كذا هنا ومتى أجاز فانما يجوز لان الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من يجعل في المسئلة روايتين وجهر واية

أيضا (قوله فجاز أن يكون الوكيل الثاني أقوى رأيا الخ) أقول فيكون الرضا بتوكيله ثابتا بطريق الاولى (قوله وأيضا الرضا برأي الوكيل الخ) أقول لا يذهب عليك انه انما رضي برأيه في التصرف فيما وكل به وليس التوكيل منه والناس يتفاوتون وليس كل من هو أهدى بطريق المعاملات أعرف وأبصر باحوال الرجال فليتامل فانه ينبغي أن يحمل كلام الشارح على هذا (قوله لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه) أقول الضمير في قوله أو قويه راجع الى قوله رأيا (قوله انه ظن أن لا ثمة من يفوقه من هذا التصرف) أقول الظاهر أن يقال في هذا التصرف (قوله فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز) أقول يعني قبول توكيله جبرا من الشرع

و ينعزلان بموت الاول وقدمر نظيره فى أدب القاضى حيث قال وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك الى آخر ماذكر
فتقان وكل الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور الرأى وقد حصل قيل أحد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن
صاحبه لم يكتف بحضوره بل لابد من الاجازة صريحا ماذكره فى الذخيرة فما الفرق بينهما وأجيب بان صاحب الذخيرة قال

محمد رحمه الله قال فى الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثانى بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكره فى وكالة الاصل فى موضع وذكر فى موضع آخر منها وشرط اجازته قال اذا باع الوكيل الثانى والوكيل الاول حاضر أو غائب فاجاز الوكيل جاز حكى عن الكرخى رحمه الله أنه كان يقول ليس فى المسئلة روايتان ولكن ماذكر مطلقا فى بعض المواضع أنه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا أجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب بعض عامة المشايخ رحمهم الله وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لعدم الاذن به صار كالعدم وعاد الوكيل الثانى فضوليا وعقده محتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل فى المسئلة روايتين ووجه عدم الجواز بدونها ماذكر ووجه الجواز أن المقصود حضور الرأى وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا أحد وكيلى

لوجود الرضا (أو يقول له اعمل برأيك) لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز فى هذا الوجه يكون الثانى وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته و ينعزلان بموت الاول وقدمر نظيره فى أدب القاضى

أذن له فى ذلك يجوز أن يوكل غيره (لوجود الرضا) أى لوجود الرضا حينئذ برأى غيره أيضا (أو يقول له) عطف على يأذن له الموكل أى أو الا أن يقول للوكيل (اعمل برأيك) فيجوز أيضا أن يوكل غيره (لاطلاق التفويض الى رأيه) أى الى رأى الوكيل فيدخل توكيله الغير تحت الاجازة قال المصنف (واذا جاز فى هذا الوجه) أى اذا جاز توكيل الوكيل غيره فى هذا الوجه الذى يجوز التوكيل فيه وذلك بان يأذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فوكل غيره (يكون الثانى) أى الوكيل الثانى وهو وكيل الوكيل (وكيلا عن الموكل) لا عن الوكيل الاول (حتى لا يملك الاول) أى الوكيل الاول (عزله) أى عزل الوكيل الثانى (ولا ينعزل) أى الوكيل الثانى (بموته) أى بموت الوكيل الاول (و ينعزلان) أى الوكيل الاول والوكيل الثانى (بموت الاول) أى بموت الموكل الاول (وقدمر نظيره فى أدب القاضى) وهو ماذكره فى فصل آخر قبل باب التحكيم بقوله وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك الى أن قال واذا فوض اليه يملكه فيصير الثانى نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله أقول والعجب من الشراح ههنا سيما من فحولهم كصاحب العناية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية انهم قالوا فى بيان مامر نظيره فى أدب القاضى وهو ماذكره هنالك بقوله وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك الى أن قال ولو قضى الثانى بحضرة من الاول أو قضى الثانى فاجازه الاول جاز كما فى الوكالة فحققوا الكلام فى قوله كما فى الوكالة مع أن نظيره ماذكره المصنف هنا انما هو ماتركوه وهو قوله هنالك بعد ذكر ماذكروه واذا فوض اليه يملكه يصير الثانى نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله وكانهم انما اغتروا بما فى قوله كما فى الوكالة من التشبيه بالوكالة لكن مراده بذلك انما هو التشبيه بما سيأتى من أنه ان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لا التشبيه بما نحن فيه كما لا يخفى بقى ههنا بحث وهو أن قول المصنف حتى لا يملك الاول عزله ظاهر فى صورة أن يأذن له الموكل فى التوكيل لان الاذن له فى ذلك لا يقتضى الاذن له فى العزل أيضا وأما فى صورة أن يقول له اعمل برأيك فهو مشكل لانهم صرحوا بان قوله اعمل برأيك توكيل عام فيدخل فى عمومه توكيل الوكيل غيره وأنه اثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك فحينئذ ينبغى أن يملك الوكيل الاول عزل الوكيل الثانى أيضا بعموم وكالته عن الموكل الاول وبكونه كالمالك باثبات صفة المالكية له كما أن للقاضى أن يستخلف على القضاء وأن يعزل عنه اذا فوض اليه النصب والعزل عن قبل الخليفة على ماعرف فى محله ويؤيد هذا ماذكره الامام قاضيخان فى فتاواه حيث قال رجل وكل رجلا بالخصومة وقال له ماصنعت من شئ فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره جاز توكيله و يكون الوكيل الثانى وكيل الموكل الاول لا وكيل الوكيل حتى لو مات الوكيل الاول أو عزل أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحرب لا ينعزل الوكيل الثانى ولو مات الموكل الاول أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحرب ينعزل الوكيلان ولو عزل الوكيل الاول الوكيل الثانى جاز عزله لان الموكل الاول رضى بصنيع الاول وعزل الاول الثانى من صنيع الاول الى ههنا كلامه ولا يخفى أن الموكل الاول فيما نحن فيه أيضا رضى بعمل الوكيل الاول برأيه وأن عزل الوكيل الاول الثانى من عمله برأيه فينبغى أن يجوز عزله اياه والفرق بينهما مشكل دونه

الجواز بحضرة الاول من غير اجازته انه حضر هذا العقد رأى الاول

(قال المصنف حتى لا يملك الاول عزله) أقول فيه انه ينبغى أن يملك عزله فيما اذا قال الموكل اعمل برأيك قال
(قوله وأجيب بان صاحب الذخيرة قال محمد قال فى الجامع الصغير الخ) أقول قوله محمد مقول القول ومبتدأ وقوله قال فى الجامع الخ خبره (قوله وعاد الوكيل الثانى فضوليا وعقده محتاج الى الاجازة البتة) أقول الضمير فى قوله وعقده راجع الى قوله فضوليا (قوله وهو أصل) أقول الظاهر أن يقال وهو حاصل

البيع وفيه نظر أما فيما نقل عن محمد رحمه الله فانه قال والوكيل الاول حاضر أو غائب فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا فى اشتراط الاجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله أو غائب فقط وأما فى تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الرأى وقد حضر كما ذكره وتوجيه كونه فضوليا فى أحد وكيلى البيع ليس كوكيل الوكيل لانه مامور من الموكل فى الجملة بخلاف وكيل الوكيل ولعل الصواب

قال (فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأى الاول وقد حضر

خوط القتاد (قال) أى القدورى فى مختصره (فان وكل) أى الوكيل (بغير اذن موكله فعقد وكيله) أى وكيل الوكيل (بحضرته) أى بحضرة الوكيل الاول (جاز) أى جاز العقد (لان المقصود) أى مقصود الموكل الاول (حضور رأى الاول) أى حضور رأى الوكيل الاول (وقد حضر) أى وقد حضر رأيه فى الصورة المذكورة فحصل مقصوده فجاز العقد قال صاحب النهاية فان قلت ما الفرق بين هذا وبين أحد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه فانه لم يكتف هنالك بمجرد حضرة صاحبه بل لابد من الاجازة صريحا كما ذكر فى الذخيرة والمبسوط قلت ماذكره فى الجامع الصغير من أن عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل الاول محمول على ما اذا أجاز الوكيل الاول عقد الوكيل الثانى لا لمطلق الحضرة هكذا ذكر فى الذخيرة وقال ثم ان محمدا رحمه الله قال فى الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر فى وكالة الاصل فى موضع وذكر فى موضع آخر من وكالة الاصل وشرط اجازته فقال اذا باع الوكيل الثانى والوكيل الاول حاضر أو غائب فاجاز الوكيل الاول جاز وحكى عن الكرخى انه كان يقول ليس فى المسئلة روايتان ولكن ماذكر مطلقا فى بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا أجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لانه لم يؤذن له فى ذلك صار وجود هذا التوكيل وعدمه بمنزلة ولو عدم التوكيل من الاول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب أو حاضر فانه لا يجوز عقد هذا الفضولى الا باجازته لان الاجازة ببيع الفضولى لا تثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا كذا ههنا ومتى أجاز فانما يجوز لان الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من يجعل فى المسئلتين روايتين وجه رواية الجواز من غير اجازة الاول أن بيع الثانى حال غيبة الاول انما لا يصح لتعرى العقد عن رأى الاول ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد رأى الاول وعلى هذا أحد وكيلى البيع والاجارة اذا أمر صاحبه بالبيع أو الاجارة فباع بحضرته فى رواية لا يجوز الا باجازته وفى رواية يجوز من غير اجازته انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع قال صاحب العناية بعد نقل السؤال والجواب وفيه نظر أما فيما نقل عن محمد فانه قال والوكيل الاول حاضر أو غائب فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا فى اشتراط الاجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله أو غائب فقط وأما فى تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الرأى وقد حضر كما ذكره انتهى وأجاب بعض الفضلاء عن نظره فيما نقل عن محمد حيث قال أنت خبير بان قوله فاجاز الوكيل عطف على قوله اذا باع الوكيل الثانى الخ فيكون متعلقا بكل منهما نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لا حتمل ماذكره انتهى أقول وفيه نظر لانه يجوز أن تكون الفاء فى قوله فاجاز الوكيل للسببية لا للعطف كما فى قولك زيد فاضل فاكرمه ونحو الذى يطير فيغضب زيد الذباب على ماذكروا فى موضعه ولئن سلم كونها للعطف وكون قوله فاجاز الوكيل عطفا على قوله اذا باع الوكيل الثانى الخ فلا نسلم كون قوله فاجاز الوكيل متعلقا بكل من قيدى المعطوف عليه أعنى قوله والوكيل الاول حاضر أو غائب اذ قد تقرر فى محله أن العطف على مقيد بشئ انما يوجب تقييد المعطوف بذلك الشئ فيما اذا كان القيد مقدما على المعطوف عليه كما فى قولنا يوم الجمعة ضربت وضربت زيدا وقولنا ان جئتنى أعطك وأكسك وأما فيما لا يتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك فى شئ وما نحن فيه

أن الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة وأما أحد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون سكوته غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه هذا ما سنح لى فى هذا الموضع والله أعلم بالصواب

(قوله وفيه نظر أما فيما نقل عن محمد فانه قال والوكيل الاول حاضر أو غائب فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا الخ) أقول أنت خبير بان قوله فاجاز الوكيل الاول عطف على قوله اذا باع الوكيل الثانى الخ فيكون متعلقا بكل منهما نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ماذكره فتأمل ثم أقول لا يخفى عليك ان ما آل ماذكره تخطئة مشايخنا فى مثل ذلك الامر الذى لا يخفى على أصاغر الطلبة والظاهر أن فهمهم هذا

المعنى ليس من تلك العبارة فقط بل بانضمام قرائن فى أثناء تقرير دليل المسئلة أو غيره بل الظاهر أن ماذكره ليس عبارة محمد بعينها بل تصرفوا فيها أو جزوها (قوله فلانه معارض بان المقصود الخ) أقول واذا تعارضا تساقطا و بقى كون الاصل فى التوكيل الخصوص سالما عن المعارضة فلا يجوز بلا اجازة فتامل (قوله وتوجيه كونه فضوليا الى قوله بخلاف وكيل الوكيل) أقول هو غير مأمور بالتصرف استقلالا فيكون فى تصرفه كذلك فضوليا ألا ترى أن أحدهما اذا قبض نصف الوديعة ضمن كما سبق فى الصيغة السابقة

وتكاموا فى حقوقه (وان عقد فى حال غيبته لم يجز) لانه فات رأيه الا أن يبلغه فيجيزه (وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه) لانه حضر رأيه (ولو قدر الاول الثمن للثانى فعقد بغيبته يجوز) لان الرأى فيه يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى

من هذا القبيل كما لا يخفى فلم يجب فيه أن يتقيد المعطوف بقيدى المعطوف عليه بل جاز أن يتعلق بواحد منهما فقط ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب أن الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة وأما أحد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه انتهى قال المصنف (وتكاموا فى حقوقه) أى فى حقوق عقد الثانى بحضرة الاول يعنى اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد فى الجامع الصغير وتكلم المشايخ فيه قال الامام المحبوبى منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضى بلزوم العهدة على الاول دون الثانى ومنهم من قال العهدة على الثانى اذ السبب وهو العقد وجد من الثانى دون الاول والثانى كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول ينعزل الوكيل الثانى بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثانى وهو الوكيل الاول كذا فى الملتقط وقال فى الذخيرة ثم اذا باع أو اشترى بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الجامع الصغير وذكر البقالى فى فتاواه أن الحقوق ترجع الى الاول وفى حيل الاصل والعيون أن الحقوق ترجع الى الثانى انتهى وقال فى فتاوى قاضيخان فان وكل غيره فباع الوكيل الثانى بحضرة الاول جاز وحقوق العقد ترجع الى الوكيل الاول عند البعض وذكر فى الاصل أن الحقوق ترجع الى الوكيل الثانى وهو الصحيح انتهى (وان عقد) أى الوكيل الثانى (فى حال غيبته) أى فى حال غيبة الوكيل الاول (لم يجز) أى لم يجز العقد (لانه فات رأيه) أى رأى الوكيل الاول فلم يحصل مقصود الموكل وهو حضور رأيه (الا أن يبلغه) أى الا أن يبلغ خبر عقد الوكيل الثانى الوكيل الاول (فيجيزه) أى فيجيز الوكيل الاول ذلك العقد فحينئذ يجوز لتحقق رأيه (وكذا لو باع غير الوكيل) أى وكذا يجوز لو باع الاجنبى (فبلغه) أى فبلغ خبر البيع الوكيل (فأجازه) أى فاجاز البيع بعد بلوغ الخبر (لانه حضره رأيه) أى باجازته (ولو قدر الاول) أى الوكيل الاول (الثمن) أى ثمن ما أمر ببيعه (للثانى) أى للوكيل الثانى الذى وكله بغير اذن موكله بأن قال له بعه بكذا (فعقد بغيبته) أى فعقد الثانى بذلك الثمن المقدر بغيبة الاول (يجوز) أى العقد (لان الرأى يحتاج اليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا) انما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن كما سيأتى بيانه (وقد حصل) أى وقد حصل تقدير الثمن الذى هو المقصود بالرأى واعلم أن هذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن انما يمنع النقصان لا الزيادة فلو باشر الاول ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته قال المصنف (وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن) فانه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار (لانه لما فوض اليهما) أى لان الموكل لما فوض الرأى الى الوكيلين (مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى) الذى لا يماطل فى تسليم الثمن

(قوله وتكاموا فى حقوقه) ذكر البقالى فى فتاواه ان الحقوق ترجع الى الاول وفى حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثانى وذكر الامام المحبوبى منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضى بلزوم العهدة على الاول دون الثانى ومنهم من قال العهدة على الثانى اذ السبب وهو العقد وجد من الثانى دون الاول (قوله ولو قدر الاول الثمن للثانى فعقد بغيبته يجوز) أطلق الجواز وهو رواية كتاب الرهن وقد اختارها لان الرأى يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وفى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن لمنع

على

(قوله وتكاموا فى حقوقه) يعنى اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد رحمه الله فى الجامع الصغير وتكلم المشايخ رحمهم الله فى ذلك فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما رضى بلزوم العهدة عليه لا الثانى ومنهم من قال على الثانى اذ السبب وهو العقد وجد من الثانى دون الاول والثانى كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثانى بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثانى (وان عقد الثانى فى غيبة الاول لم يجز) لفوات رأيه الا أن يبلغه فيجيزه كما لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه بحضور رأيه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثانى فعقد بغيبته جاز لان الرأى يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف رحمه الله وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باشر

(قوله حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثانى بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثانى) أقول فيه نظر اذ يقال ثبت العرش ثم انقشه

ربما باع بالزيادة على القدر المعين لذكائه وهدايته وانما قال ظاهرا احترازا عما (اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار (لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى وأما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه فى معظم الامر وهو التقدير فى الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت فى الوكالات أن يوكل الاهدى فى تحصيل الارباح وذلك انما يكون فى التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالى بنيابة الآخر عنه فى مجرد العبارة قال (واذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته) اذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته وهى صغيرة مسلمة حرة أو باع أو اشترى لها يعنى تصرف فى مالها بالبيع أو الشراء لم يجز ذلك وانما احتاج الى التاويل لان قوله أو اشترى لها يحتمل أن يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز لا محالة لان التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق أما الرق فلان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالى الا بتوكيل من غيره وليس بموجود وأما الكافر فلا ولاية له على المسلم الحر لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولانها ولاية نظرية وهى تحتاج الى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما

على ما بيناه أما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه فى معظم الامر وهو التقدير فى الثمن قال (واذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته وهى صغيرة حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز) معناه التصرف فى مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية ألا يرى أن المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما

(على ما بيناه) اشارة الى قوله فيما مر والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى (أما اذا لم يقدر) أى الموكل (الثمن وفوض الى الاول) أى وفوض الرأى الى الوكيل الاول (كان غرضه) أى غرض الموكل (رأيه) أى رأى الوكيل الاول (فى معظم الامر) أى معظم أمر عقد البيع (وهو التقدير فى الثمن) وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت فى الوكالة أن يوكل الاهدى فى تحصيل الارباح وذلك انما يكون فى التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالى بنيابة الآخر عنه فى مجرد العبارة كذا فى الشروح أقول لقائل أن يقول اختيار المشترى الذى لا يماطل فى تسليم الثمن من مهمات البياعات ومعظمات أمورها أيضا كما أشار اليه المصنف فيما مر بقوله والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى فكيف يتم أن يقال ههنا فبعد ذلك لا يبالى بنيابة الآخر عنه فى مجرد العبارة (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (واذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته وهى صغيرة حرة مسلمة أو باع) أى أو باع واحد منهم (أو اشترى لها) أى للصغيرة الموصوفة المذكورة (لم يجز) أى لم يجز شئ من تصرفاتهم المذكورة قال المصنف (معناه) أى معنى قول محمد أو باع أو اشترى لها (التصرف فى مالها) أى فى مال الصغيرة المذكورة بالبيع أو الشراء وانما احتاج الى هذا التأويل لان قوله أو اشترى لها يحتمل معنيين أحدهما أن يشترى لها شيأ من مال نفسه والآخر أن يشترى لها بمالها ولما كان الاول جائزا لا محالة كان المراد ههنا هو الثانى وقال فى تعليل المسئلة (لان الرق والكفر يقطعان الولاية) يعنى أن التصرفات المذكورة من باب الولاية والرق فى العبد والمكاتب والكفر فى الذمى يقطعان الولاية (ألا يرى أن المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره) يعنى اذا لم يكن له ولاية على نفسه لم تكن له ولاية على غيره بالطريق الاولى لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة (وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم) لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (حتى لا تقبل شهادته) أى شهادة الكافر (عليه) أى على المسلم (ولان هذه) أى هذه الولاية (ولاية نظرية) أى ولاية ثابتة نظرا للضعفاء والصغار لعجزهم (فلا بد من التفويض) أى تفويض هذه الولاية (الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر) بالقدرة والشفقة (والرق يزيل القدرة) قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ (والكفر يقطع الشفقة على المسلم) كما لا يخفى (فلا تفوض اليهما)

النقصان لا لمنع الزيادة وربما يزيد الاول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للعقد (قوله معناه التصرف فى مالها) يريد به التعميم أى لا يختص بالبيع والشراء بل أى تصرف كان لم يجز أو معنى قوله معناه التصرف فى مالها ان الشراء ينفذ عليه لا عليها لانه تصرف فى مالها وليس له ولاية على مالها أو معناه بان اشترى لها بمالها الا أن يكون المراد أن يشترى لها بمال نفسه

(قوله فبعد ذلك لا يبالى بنيابة الآخر عنه الخ) أقول اختيار المشترى أيضا من معظمات أمور التجار فلا نسلم أنه بعد تقدير الوكيل الاول الثمن تكون النيابة فى مجرد العباره

(قال أبو يوسف ومحمد والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك) لان الحربي أبعد من الذمي فاولى بسلب الولاية وأما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح

أي فلا تفوض هذه الولاية النظرية الى العبد والكافر قال الشارح العيني وفي بعض النسخ الى العاقد المشفق مكان القادر المشفق وجعل الشارح الكاكي هذه النسخة أصلا وقال وفي بعض النسخ الى القادر مكان العاقد أقول وأنا لم أر نسخة الى العاقد قط ولم أجد لها وجها اذ لا يوجد حينئذ لقول المصنف والرق يزيل القدرة متعلق كما لا يخفى على الفطن (قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك) أي لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله قال الشراح انما خص قولهما بالذكر مع أن هذا حكم مجمع عليه لان الشبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء ونحوهما نافذة وان قتل على الردة عندهما بناء على الملك وقد تركا أصلهما في تصرفاته على ولده ومال ولده فانها موقوفة بالاجماع أقول قد أدرج في قولهما الحربي أيضا والعذر الذي ذكروه لا يجري فيه قطعا فلا يتم (لان الحربي) وان كان مستأمنا (أبعد من الذمي) لان الذمي صار منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام وهو الجزية بخلاف الحربي فانه لم يتحقق في حقه شيء من الاصل والخلف (فاولى بسلب الولاية) أي فالحربي أولى بسلب الولاية يعني اذا سلبت ولاية الذمي كما عرفت فالحربي أولى بسلبها (وأما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (لكنه) أي لكن تصرفه (موقوف) أي موقوف على اسلامه ان أسلم صح وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطل (على ولده ومال ولده) متعلق بما يرجع اليه ضمير لكنه وهو التصرف بمعنى الولاية يعني لكن تصرفه أي ولايته على ولده ومال ولده موقوف على اسلامه (بالاجماع) متعلق بقوله موقوف أقول لا يخفى على من له فطرة سليمة ووقوف على العربية ومسائل المرتد أن في كلام المصنف ههنا تعقيدا قبيحا واحتياجا الى بيان معناه بالوجه الذي شرحناه به وأنا أتعجب من الشراح كيف لم يتعرضوا له أصلا مع تقيدهم بكثير من الامور الجزئية البينة في مواضع شتى لحق العبارة ههنا ماذكره صاحب الكافي حيث قال وأما المرتد فان ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالاجماع (لانها) أي لان ولاية الاب على ولده ومال ولده (ولاية نظرية وذلك) أي الولاية النظرية بتاويل المذكور أو بان استعمال ذلك مشترك (باتفاق الملة) أي بسبب اتفاق الملة بين الاب والولد (وهي) أي الملة (مترددة) في حق المرتد لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوة الوجود لان المرتد مجبور عليها فيجب التوقف (ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل) أي تصرفه (وبالاسلام) أي بالعود الى الاسلام (يجعل) أي المرتد (كانه لم يزل مسلما فيصح) أي تصرفه أقول بقي في هذا المقام شيء وهو أن ماذكره من قوله واذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته الى ههنا ليس من مسائل الوكالة قط وقد وجد ذكره مرة في باب الاولياء والاكفاء من كتاب النكاح حيث قال فيه ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على أنفسهم فاولى أن لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان انتهى فذكره مرة أخرى سيما في كتاب الوكالة بعيد

(قوله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك) أن تصرفهما على المسلم لا يجوز وانما خص قولهما مع ان هذا حكم مجمع عليه لان الشبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذة وان قتل على ردته عندهما بناء على الملك ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالاجماع (قوله لان الحربي أبعد من الذمي) ألا ترى أن شهادته على الذمي لا تقبل والذمي صار منا دارا وان لم يكن منا دينا وتحقق في حق الذمي ما هو خلف عن الاسلام ولم يثبت في حق الحربي شيء من الاصل والخلف

قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا مات على ردته والحربي كذلك لان الحربي أبعد من الذمي وان كان مستأمنا لان الذمي صار منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام دون الحربي فاذا سلبت ولاية الذمي فالحربي أولى وأما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع ان أسلم جاز والا فلا لانها ولاية نظرية وذلك أي الولاية النظرية بتاويل المذكور أو بان استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة والملة مترددة لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوة الوجود لانه مجبور عليه فيجب التوقف فان قتل استقرت جهة الانقطاع فتبطل عقوده وان أسلم جعل كانه لم يزل مسلما فصحت ولما كان أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تركا أصلهما في نفوذ تصرفات المرتد خص قولهما بالذكر بقوله قال أبو يوسف ومحمد وان كانت المسئلة بالاتفاق

*(باب

(باب الوكالة بالخصومة والقبض) أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن أولانها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض أي بقبض الدين والعين (خلافا لزفر رحمه الله هو يقول رضي بالخصومة وليس القبض بخصومة) لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي (ولنا أن الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض) لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضي أو غيره والمطل والافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) عندنا خلافا لزفر هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيأ ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض

(باب الوكالة بالخصومة والقبض) المناسبة

أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن أولانها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور كذا في العناية وذكر الوجه الثاني في سائر الشروح أيضا واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث لانا لا نسلم ذلك كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والصحابة رضي الله تعالى عنهم وانظر الى تفسير الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها اه أقول هذا ساقط جدا لان المراد أن الخصومة بحقيقتها وهي المنازعة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا وانما شرعت ووقعت من الاشراف باعتبار كونها مجازا عن جواب الخصم بنعم أولا كما سياتي بحثه عن قريب مفصلا ومشروحا وقد وقع التصريح به ههنا أيضا في عبارة كثير من الشراح حيث قالوا لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا حتى تركت حقيقتها الى مطلق الجواب مجازا أخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور شرعا بل هو مقرر على حقيقته (قال) أي القدوري في مختصره (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) أطلق كلامه في رواية ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا فان الامام المحبوبي قد ذكر أن الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا وكيل بالقبض (عندنا) أي عند علمائنا الثلاثة كذا في النهاية ومعراج الدراية (خلافا لزفر) فانه يقول الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلا بالقبض وبه قال الشافعي في الاظهر ومالك وأحمد وعن الشافعي في وجه أنه يملك القبض كما قلنا (هو) أي زفر (يقول) انه (رضي) أي الموكل (بخصومته) أي بخصومة الوكيل (والقبض غير الخصومة) لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحقوق والقبض فعل حسي (ولم يرض به) أي ولم يرض الموكل بالقبض اذ يختار للخصومة في العادة ألح الناس وللقبض آمن الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضى بامانته عادة (ولنا أن من ملك شيأ ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض) يعني أن الوكيل بالشيء مامور باتمام ذلك الشيء واتمام الخصومة يكون بالقبض لان الخصومة باقية ما لم يقبض وذلك لانه ما لم يقبضه يتوهم عليه الانكار بعد ذلك والمطل ويحتاج الى المرافعة باثبات الخصومة فلما وكله بفصلها والفصل بالقبض دخل تحته ضمنا كذا قرره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط والاسرار واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وقال صاحب العناية في تقريره ولنا أن الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضي أو غيره والمطل والافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب اه ورد عليه بعض الفضلاء بان قوله ولنا أن الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به مخالف لما أسلفه في أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه أقول ليس هذا بشيء فان منشأه الغفلة والله أعلم

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

(قوله الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) سواء كانت الخصومة في الدين أو في العين

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

(قوله لان الخصومة تقع) أقول أي قد تقع (قوله أو لانها مهجورة شرعا) أقول قوله أولانها مهجورة معطوف على قوله لان الخصومة الخ فيه بحث لانا لا نسلم ذلك كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة وانظر الى تفسيره الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها (قوله لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي) أقول فيه نظر (قوله ولنا أن الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام الخ) أقول مخالف لما أسلفه في أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه (قوله والخصومة لا تتم الا بالقبض) أقول ان أريد بالقبض قبض الوكيل فغير مسلم وان أريد ما يعمه وقبض الموكل فمسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه (قوله لتوهم الانكار بعد ذلك الخ) أقول قد سبق من الشارح في فصل القضاء بالمواريث أن أمثال ذلك نادر والنادر لا حكم له فراجعه

والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لانه فى معناه وضعا الا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع

عن فائدة قوله مادام وكيلا فى قوله ان الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به اذ لا شك أن الوكيل مادام ثابتا على وكالته يجب عليه أداء ما أمر به والا يلزم تغرير الآمر وهو ممنوع شرعا ومعنى ماذكره فى أوائل كتاب الوكالة ان الوكالة عقد جائز غير لازم فحكمها جواز أن يباشر الوكيل ما فوض اليه وأن لا يباشره بشرط عزل الموكل اياه أو عزل الوكيل نفسه واعلامه الموكل ثم رد عليه أيضا ذلك البعض فى قوله والخصومة لا تتم الا بالقبض بانه ان أريد قبض الوكيل فغير مسلم وان أريد ما يعمه وقبض الموكل فمسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه أقول المراد بذلك قبض الوكيل أو الموكل و يترتب عليه مطلوبه قطعا بمقتضى مقدمته القائلة ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب لانه لما فوض الموكل الخصومة الى الوكيل والتزم الوكيل اقامتها دخل فى ضمن ذلك مالا تتم الخصومة الا به وهو القبض فملكه الوكيل قطعا ووجب عليه القيام به مادام على وكالته (والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال) ومشايخ بلخ أفتوا بقول زفر لان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر وأما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضى ولا يرضى بامانته وقبضه و به أفتى الصدر الشهيد أيضا كذا ذكره الامام المحبوبى فى جامعه وذكر فى الشروح أيضا الا أن صاحب العناية قال بعد ذكر ذلك وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان مالا يتم الواجب الا به فهو واجب قال المصنف (ونظيره) أى نظير الوكيل بالخصومة (الوكيل بالتقاضى) فانه (يملك القبض على أصل الرواية) وهو رواية الاصل (لانه فى معناه وضعا) أى لان التقاضى فى معنى القبض من حيث الوضع وعن هذا قال فى الاساس تقاضيته دينى و بدينى واقتضيته دينى واقتضيت منه حقى أى أخذته وقال فى القاموس وتقاضاه الدين قبضه منه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان فسر قول المصنف لانه فى معناه وضعا بقوله أى لان التقاضى فى معنى القبض قال فيه نظر لانه قال فى المغرب تقاضيته دينى وتقاضيته بدينى واستقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقى أخذته وقال الشارح العينى بعد نقل النظر المذكور عنه قلت لم أدر وجه النظر فيه لانه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض أقول بل لا وجه لما قال لان وجه النظر هو ان المفهوم مما فى المغرب كون التقاضى فى اللغة بمعنى طلب القضاء لا بمعنى القبض كما ذكره المصنف ولا يدفعه قوله لانه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض اذ لا شك أن معنى قوله انه فى معناه وضعا انهما متحدان معنى من حيث الوضع فى أصل اللغة ولو كان معنى التقاضى فى اللغة طلب القضاء لا غير لم يتحقق ذلك الاتحاد فلم يكن فى معنى القبض قطعا ثم أقول فى الجواب عن النظر المذكور ولعل صاحب المغرب فسر التقاضى بطلب القضاء الذى هو المعنى العرفى للفظ التقاضى لكونه غالبا على معناه الوضعى الاصلى كما ستعرفه فحينئذ لا يكون مخالفا لما ذكره المصنف وما صرح به عامة ثقات أرباب اللغة فى كتبهم المعتبرة من كون معنى التقاضى هو الاخذ والقبض بناء على أصل الوضع و يرشد اليه انه فرق بين الاقتضاء والتقاضى ففسر الاقتضاء بالاخذ على أصله لعدم جريان العرف المذكور فيه والا فلا فرق بينهما فى أصل اللغة كما عرفته مما نقلناه فيما مر آنفا عن الاساس وصرح به الجوهرى فى صحاحه حيث قال واقتضى دينه وتقاضاه بمعنى فتدبر (الا أن العرف بخلافه) أى بخلاف الوضع لان الناس لا يفهمون من التقاضى القبض بل يفهمون منه المطالبة (وهو) أى العرف (قاض على الوضع) أى راجح عليه لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية

(ومشايخ بلخ رحمهم الله أفتوا بقول زفر رحمه الله لظهور الخيانة فى الوكلاء) ولان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة أما نصا فظاهر وأما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضى ولا يرضى بامانته وقبضه و به أفتى الصدر الشهيد رحمه الله وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان مالا يتم الواجب الا به فهو واجب (ونظير هذا الوكيل بالتقاضى فانه يملك القبض على أصل الرواية لانه فى معناه وضعا) يقال تقاضيته دينى و بدينى واقتضيته دينى واقتضيت منه حقى أى أخذته (الا أن العرف بخلافه) لان الناس يفهمون من التقاضى المطالبة لا القبض (والعرف قاض على الوضع)

قال المصنف (لانه فى معناه وضعا) أقول ولان الوكيل بالتقاضى مأمور بقطع مماطلة المطلوب وانما يحصل هذا القطع بالقبض كذا فى المحيط وهذا التعليل أنسب باصل الامامين اذ المجاز المشهور أولى عندهما فتأمل

(قوله والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله) روى أبو بكر البلخى رحمه الله أن محمد بن سلمة وغيره من مشايخ بلخ رحمهم الله أخذوا فيه بقول زفر وبه أفتى أيضا الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله (قوله لانه فى معناه وضعا)

وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهى أولى منه عند أبى حنيفة رحمه الله والجواب أن ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام فى أن الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور الخيانة فى الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض (وان وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضى بامانتهما لا بامانة أحدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة) فان اجتماعهما عليها غير ممكن (لما مر) أنه يفضى الى الشغب فى مجلس القضاء وهو مذهب لمهابته قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة الخ)

والفتوى على أن لا يملك قال (فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا) لانه رضى بامانتهما لا بامانة أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبى حنيفة رحمه الله)

لتسارع أفهام الناس اليه (والفتوى على أن لا يملك) يعنى فتوى المشايخ اليوم على أن لا يملك الوكيل بالتقاضى القبض بناء على العرف قال صاحب العناية وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهى أولى منه عند أبى حنيفة والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام فى أن الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور الخيانة فى الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض اه كلامه أقول لا النظر شئ ولا الجواب أما الاول فلأن الحقيقة فى لفظ التقاضى غير مستعملة بل هى مهجورة كما صرح به ثقات المشايخ كالامام فخر الاسلام البزدوى وصاحب المحيط وغيرهما قال فى المحيط البرهانى الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة هكذا ذكر محمد فى الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد فخر الاسلام على البزدوى فى شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضى فى عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة فى ديارنا وجعل التقاضى مستعملا فى المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة الى هنا كلامه وأما الثانى فلأن كون الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف أصل مقرر عند أبى حنيفة لم يرجع عنه قط فلو كانت الحقيقة فى لفظ التقاضى مستعملة لم يصح قول المصنف وهو قاض على الوضع على أصل أبى حنيفة قطعا ولم يمكن للمشايخ الفتوى على العرف فى مسئلتنا هذه اذ يلزم حينئذ ترك أصل امامهم المجتهد وليست وظيفتهم الا الجريان على أصله الكلى وان جاز لهم بعض من التصرفات فى الفروع الجزئية لا يقال يجوز أن يكون مدار قول المصنف ومدار فتواهم على أصلى أبى يوسف ومحمد فان المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المستعملة عندهما لانا نقول الذى يظهر من هذا الكتاب ومن سائر الكتب أن لا يقع خلاف فى هذه المسئلة بين أئمتنا الثلاثة ألا يرى الى قول محمد فى الاصل الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة ولو كان لاصلنا المذكور تأثير فى هذه المسئلة لما وقع الاتفاق بينهم فيها على ان صاحب التلويح قال وفى كلام فخر الاسلام وغيره ما يدل على أن المجاز المتعارف انما يترجح عندهما اذا تناول الحقيقة بعمومه كما فى مسئلة أكل الحنطة اه ولا يخفى ان الامر ليس كذلك فيما نحن فيه فلا تمشية لاصلهما المذكور ههنا أساسا فلا مجال لان يجعل مدارا لصحة قول المصنف وفتوى المشايخ فالتحقيق فى هذا المقام ان التوكيل بالتقاضى كان مستعملا على حقيقته فى الاوائل ولم يجر العرف على خلاف ذلك فى تلك الايام فكان الوكيل بالتقاضى يملك القبض بالاتفاق على ما وقع فى أصل الرواية وأما اليوم فلما ظهرت الخيانة فى الوكلاء وجرى العرف على ان جعلوا التقاضى فى التوكيل بالتقاضى مستعملا فى المطالبة مجازا وصارت الحقيقة مهجورة أفتى مشايخنا المتأخرون بان الوكيل بالتقاضى لا يملك القبض بالاتفاق بناء على الاصل المقرر والمتفق عليه عند المجتهدين من أن المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق فى المقام غبار أصلا (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (فان كانا) أى الرجلان (وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا) أى لا يقبضان حق الموكل الا مجتمعين (لانه) أى الموكل (رضى بامانتهما لا بامانة أحدهما) وحده (واجتماعهما ممكن) أى اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعا فانهما يصيران قابضين بالتخلية بلا محذور (بخلاف الخصومة) فان اجتماعهما عليها غير ممكن شرعا (على ما مر) أشار به الى قوله لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب فى مجلس القضاء (قال) أى القدورى فى مختصره (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبى حنيفة) قيد بقبض الدين لان الوكيل

(قوله وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة الخ) أقول وفى نظره نظر لظهور تطرق المنع على قوله لان الحقيقة مستعملة كيف والزيلعى وصاحب المحيط وغيرهما مصرحون بانها مهجورة ونص عبارة الزيلعى ومعنى التقاضى الطلب فى العرف فصار بمعنى الخصومة وهى فى أصل اللغة القبض لانه تفاعل من قضى يقال قضى دينه واقتضيت منه دينى أى أخذت والعرف أملك فكان أولى اذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازا (قوله والجواب أن ذلك وجه لاصل الرواية الخ) أقول النظر على قوله والعرف قاض على الوضع وليس فى الجواب ما يدفعه والجواب أن مراده أنه قاض على الوضع بحسب الفتوى

أى لان التقاضى فى معنى القبض فى أصل اللغة ذكر فى الاساس تقاضيته دينى بدينى واقتضيته استقضيته واقتضيت منه حقى أى أخذته الا أن العرف بخلافه لانه يراد به المطالبة فى العرف (قوله والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبى حنيفة رحمه الله) قيد بالدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة

حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة رحمه الله انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه

بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع على ما سيجىء والكلام فيه يرجع الى أصله وهو أن التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل بالخصومة وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد كذا قالوا وسيظهر حكم هذا الاصل في دليل المسئلة ونقل في الفتاوى الصغرى عن مفقود شيخ الاسلام خواهر زاده أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة اجماعا ان كان الوكيل من القاضي كما لو وكل وكيلا بقبض ديون الغائب كذا في غاية البيان ثم ان المصنف أراد أن يبين ثمرة قول أبي حنيفة في هذه المسئلة فقال (حتى لو أقيمت عليه) أي على الوكيل بقبض الدين (البينة على استيفاء الموكل) أي على استيفاء الدين من المديون (أو ابرائه) أي أو على ابراء الموكل المديون عن الدين (تقبل عنده) أي تقبل البينة عند أبي حنيفة وفي الذخيرة اذا جحد الغريم الدين وأراد الوكيل بالقبض أن يقيم البينة على الدين هل تقبل بينته على قول أبي حنيفة تقبل وعلى قولهما لا تقبل (وقالا لا يكون خصما) أي وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون الوكيل بقبض الدين خصما (وهو) أي قولهما (رواية الحسن عن أبي حنيفة) وبه قال الشافعي في الاصح وأحمد في ظاهر الرواية (لان القبض غير الخصومة) فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة (وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها) أي بالخصومة (ولابي حنيفة انه) أي الموكل (وكله بالتملك) أي وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المديون قصاصا (لان الديون تقضى بامثالها) لا باعيانها (اذ قبض الدين نفسه) أي قبض نفس الدين (لا يتصور) لانه وصف ثابت في ذمة من عليه (الا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه) استثناء من قوله لان الديون تقضى بامثالها يعني أن الديون وان كانت تقضى بامثالها لا باعيانها لما ذكرنا آنفا الا أن قبض المثل جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجه ولهذا يجبر المديون على الاداء ولو كان تملكا محضا لما أجبر عليه وكذا اذا ظفر الدائن بجنس حقه حل له الاخذ هذا خلاصة ما ذكره الجمهور في شرح هذا المقام وأما صاحب العناية فقال في شرحه لكن الشرع جعل قبضها استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الدين فانه اذا كان توكيلا

بالاجماع والاصل ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد فكان خصما فيهما فاذا ثبت هذا فقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا لو قبض أحد الشريكين شيأ من الدين كان للآخر أن يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما حتى كان له أخذه بلا قضاء ولا رضا كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما في الوكيل بقبض العين وقال أبو حنيفة رحمه الله الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وهذا لان المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه الا أن الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما كالوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل باخذ الدار بالشفعة والوكيل بالشراء خصم حتى تقبل البينة عليه والقسمة بان وكل أحد الشريكين وكيلا بل تقاسم مع شريكه فالشريك أقام البينة على الوكيل بان شريكي الذي هو موكلك أخذ نصيبه تقبل لانه خصم والرد بالعيب بان وكل المشتري رجلا برد المبيع على البائع فاقام البائع البينة على الوكيل ان المشتري رضي بالعيب تقبل بينته لانه خصم (قوله الا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه) استثناء من قوله انه وكله بالتملك

الوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله فاذا اقتضى القبض وأقام الخصم بينته على استيفاء الموكل أو ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما فلا تقبل بينة الخصم وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلا بها ولان الوكيل بالقبض مؤتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى الى الخصومات فلم يكن الرضا به رضا بها ولابي حنيفة أنه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها

(قوله لانه وكيل بالقبض الخ) أقول لا يذهب عليك أن ما ذكره في صورة التعليلين المستقلين ينبغي أن يجعل تعليلا واحدا لاثبات المطلوب الاول لانتفاء الوكالة بالخصومة عبارة والثاني لانتفائها دلالة واقتضاء

فاشبه

اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبضها استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد والاصيل فيها خصم فيها كالموكل

فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه أشبه باخذ الشفعة

بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل اه أقول فيه بحث اذ للمانع أن يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير أن لا يجعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لجواز تصحيح التوكيل بقبض الدين على ذلك التقدير بجعله رسالة بالاستقراض من حيث المعنى والرسالة بالاستقراض جائزة وقد أفصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثله فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا أن التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول أرسلني فلان اليك يقول لك أقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول أقرضني فصح ما ادعيناه أنه رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة الى هنا كلامه ثم اعلم أن الامام الزيلعي قد ذكر في شرح الكنز ما ذكره صاحب الذخيرة من الاشكال والجواب المزبورين وقال هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة ثم قال وهذا سؤال حسن والجواب غير مخلص على قول أبي حنيفة فانه لو كان رسولا لما كان له أن يخاصم اه أقول ليس ذلك بسديد اذ ليس المراد أن الوكيل بقبض الدين رسول من كل وجه حتى لا يكون خصما بل المراد أنه رسول بالاستقراض بالنظر الى قبض مثل الدين ابتداء ووكيل بالتملك بالنظر الى المقاصة الحاصلة بعد ذلك وكونه خصما حكم مترتب على الثاني دون الاول فلا غبار على الجواب (فاشبه) أي الوكيل بقبض الدين (الوكيل باخذ الشفعة) يعني أنه أشبه ذلك في كونه خصما فانه اذا أقام المشتري البينة على الوكيل باخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة تقبل (والرجوع في الهبة) بالجر عطف على أخذ الشفعة أي فاشبه أيضا الوكيل بالرجوع في الهبة فانه اذا أقام الموهوب له البينة على الوكيل بالرجوع على أن الموكل الواهب أخذ العوض تقبل (والوكيل بالشراء) بالنصب عطف على الوكيل باخذ الشفعة أي فاشبه أيضا الوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد ولا يرى لفصله عما قبله باعادة لفظ الوكيل كثير فائدة (والقسمة) بالجر عطف على الشراء أي فاشبه أيضا الوكيل بالقسمة فان أحد الشريكين اذا وكل رجلا بان يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل (والرد بالعيب) بالجر عطف على الشراء أيضا أي فاشبه أيضا الوكيل بالرد بالعيب على البائع فان البائع اذا أقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل (وهذه) أي مسئلة الكتاب وهي مسئلة الوكيل بقبض الدين وفي بعض النسخ وهذا أي الوكيل بقبض الدين (أشبه باخذ الشفعة) أي أشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كذا صرحوا به في شروح الجامع الصغير واعلم أن شراح الهداية قد افترقوا في تفسير معنى كلام المصنف هذا وتبيين المراد بالمفضل عليه

(قوله وهذا أشبه باخذ الشفعة) أي مسئلة الكتاب أشبه بمسئلة الشفعة من المسائل الثلاث الاخر لان في هذه المسائل ما لم توجد المبادلة لا تثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة لانه لا يشترط فيها المبادلة لصحة الوكالة وكذا في قبض الدين

فكان كالوكيل باخذ بالشفعة اذا قامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا أقام الموهوب له البينة على أخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل بالشراء فانه خصم بطلب حقوق العقد وبالقسمة بان وكل أحد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد بالعيب على البائع فانه اذا أقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه أي مسئلة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء لان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون ههنا كذلك

(قوله اذ قبض نفس الدين غير متصور الخ) أقول قال في البدائع في تعليله لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاؤه

(قوله والتوكيل بقبض الديون) أقول عطف على قضاء ديون (قوله والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد والاصيل فيها خصم فيها) أقول يعني والاصيل في حقوق العقد خصم في الحقوق ثم اعلم أن قوله والوكيل بالتملك كبرى وقوله والاصيل فيها خصم صغرى للقياس الثاني

حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضى حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها

ههنا فقال صاحب النهاية أى الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان أيضا لكن بطريق النقل عن شروح الجامع الصغير بعبارتين فقال صاحب العناية قالوا فى شروح الجامع الصغير وهذه أى مسئلة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء وقال صاحب العناية قالوا فى شروح الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وقال تاج الشريعة أى مسئلة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسئلة الوكيل باخذ الشفعة من المسائل الثلاث الاخر وعلل ذلك بان فى هذه المسائل مالم توجد المبادلة لا تثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة وقبض الدين واليه ذهب صاحب معراج الدراية والشارح العينى أيضا ولكن لم يعينوا تلك الثلاث الاخر من بين المسائل الاربع الباقية بعد مسئلة الوكيل باخذ الشفعة ثم ان المصنف بين وجه الاشبهية بقوله (حتى يكون خصما قبل القبض) أى حتى يكون الوكيل بقبض الدين خصما عند أبى حنيفة قبل قبض الدين (كما يكون) أى كما يكون الوكيل (خصما قبل الاخذ) أى قبل أخذ العقار (هنالك) أى فى التوكيل باخذ الشفعة (والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء) فافترقا أقول لا يذهب عليك ان تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر ههنا يشعر بكون المراد بالمفضل عليه فى قوله فيما مر وهذه أشبه باخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء فيكون معناه ان مسئلة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسئلة الوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كما صرح به شراح الجامع الصغير وذهب اليه فرقة من شراح الهداية واخترناه أيضا فى شرحنا هنالك بناء على هذا ولكن بقيت شبهة وهى ان الوكيل ان لم يكن خصما قبل المباشرة لما وكل به فى المسائل الاربع الباقية أيضا لا يظهر لتخصيص مسئلة الوكيل بالشراء بالذكر وجعل المفضل عليه اياها فقط وجه وان كان خصما قبل ذلك فى تلك المسائل أيضا كما هو الظاهر سيما فى مسئلة التوكيل بالقسمة اذ لاشك ان الشريك الآخر لو أقام البينة قبل أن يقسم الوكيل بالقسمة ما وكل بتقسيمه على ان الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينته لا يظهر لتخصيص أشبهية الوكيل بقبض الدين بالوكيل باخذ الشفعة وجه اذ يصير الوكيل بقبض الدين حينئذ أشبه بتلك المسائل أيضا من الوكيل بالشراء فتأمل (وهذا) اشارة الى مطلع نكتة أبى حنيفة بقوله انه وكله بالتملك (لان المبادلة تقتضى حقوقا) كالتسليم والتسلم وغير ذلك (وهو) أى لوكيل بالتملك (أصيل فيها) أى فى الحقوق (فيكون خصما فيها) أى فى الحقوق يعنى كأن الموكل أمر الوكيل بتملك مثل الدين الذى على المديون وذلك مبادلة والمامور بالمبادلة يكون أصيلا فى حقوق المبادلة كذا فى النهاية وأكثر الشروح وقال صاحب العناية قوله وهذا اشارة الى ما أشرنا اليه مما يتم به دليل أبى حنيفة وهو ان الوكيل بالتملك أصيل فى الحقوق اهـ فعليك الاختبار ثم الاختيار واعترض بعض الفضلاء على كلام المصنف هنا حيث قال فيه بحث فان المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل أصيلا فى حقوقها وقال فان قيل المبادلة فى التملك باخذ الدين قلنا ذلك لم يقع بعد فتامل اهـ أقول ليس هذا بمتوجه لان تعلق بعض الحقوق بشئ قبل وقوعه ليس بعزيز ألا يرى ان حق الخصومة يثبت للوكيل باخذ الشفعة قبل وقوع الاخذ فكذا ههنا وقد أشار اليه المصنف بقوله وهذه أشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل

(قوله وهذا لان المبادلة تقتضى حقوقا) أى كونه خصما لكونه وكيلا بالتملك لانه وكيل بتملك مثل الدين الذى على المديون وذلك مبادلة والمأمور بالمبادلة يكون أصيلا فى حقوق المبادلة والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه ليس بتوكيل بالمبادلة فصار أمينا محضا ورسولا فلم تتعلق الحقوق بالقابض فلا ينتصب خصما ولا تقبل البينة عليه أصلا قياسا حتى لا يجب التوقف لانها قامت على غير خصم وفى الاستحسان يوقف الامر حتى يحضر الموكل فاذا حضر أمر وا باعادة البينة على ما ادعوا لان البينة قامت على شيئين على

وأما الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء (قوله وهذا اشارة الى ما أشرنا اليه مما يتم به دليل أبى حنيفة رضى الله عنه وهو أن الوكيل بالتملك أصيل فى الحقوق قال

قال المصنف (وهذا لان المبادلة تقتضى حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها) أقول فيه بحث فان المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل أصيلا فى حقوقها فان قيل المبادلة فى التملك باخذ الدين قلنا ذلك لم يقع بعد فتأمل (قوله وهذا اشارة الى ما أشرنا اليه) أقول الاشارة الى ما ليس

قال

(والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة الخ) الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه أمين محض حيث لا مبادلة هنالك لكونه وكيلا بقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول فاذا وكل

بقبض عبد له فاقام من بيده العبد بينة أن الموكل باعه اياه دفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذى اليد فى القياس لانها قامت لا على خصم وفى الاستحسان وقف الامر حتى يحضر الآمر لانه لقيامه مقام الموكل فى القبض خصم فى قصر يده فتقصر حتى لو حضر الغائب تعاد البينة وصار كما اذا أقامها على أنه عزله عن ذلك تقبل فى قصر يده فكذا هذا وكذلك اذا أراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها نقلها اليه والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما فاقامت المرأة البينة على أن زوجها طلقها والعبد والامة على الاعتاق أو من هما بيده على الارتهان من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لا على خصم وفى الاستحسان تقبل فى قصر يد الوكيل دون القضاء بالطلاق والعتق والرهن لانها تتضمن الطلاق والعتق والرهن ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم فى أحدهما وهو اثبات العتق على المولى ولكنه خصم فى قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها فى القصر دون غيره قال

قال (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة) بالاتفاق لانه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول (حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذى هو فى يده البينة أن الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب) وهذا استحسان والقياس أن يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان أنه خصم فى قصر يده لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع فصار كما اذا أقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل فى قصر يده كذا هذا قال (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) ومعناه اذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة

القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك ثم ان التحقيق ان قبض الدين وان كان مبادلة من جهة كون الديون تقضى بامثالها الا أنه استيفاء لعين الحق من وجه كما مر فلشبهه بالمبادلة تعلق حق الخصومة بالوكيل ولشبهه باخذ عين الحق جازت الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين ويرشد اليه ماذكره الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير حيث قال لا يقال لو كان وكيلا بالمبادلة وجب أن تلحقه العهدة فى المقبوض لانا نقول انما لا تلحقه العهدة فى المقبوض لان قبض الدين وان كان مبادلة من الوجه الذى ذكرناه فهو استيفاء عين الحق من وجه لان من الديون مالا يجوز الاستبدال به فاشبهه بالمبادلة جعلناه خصما ولشبهه باخذ العين لا تلحقه العهدة فى المقبوض عملا بهما اهـ (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق) أى باتفاق أصحابنا وللشافعى وأحمد فيه قولان كما فى قبض الدين (لانه) أى لان الوكيل بقبض العين (أمين محض) حيث لا مبادلة ههنا لانه يقبض عين حق الموكل (والقبض) أى قبض العين (ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له) أى للموكل (فاقام الذى هو فى يده) أى فاقام ذو اليد (البينة) على (أن الموكل باعه) أى باع العبد (اياه) أى ذا اليد (وقف الامر حتى يحضر الغائب) أى الموكل (وهذا) أى وقوف الامر (استحسان) أى مقتضى الاستحسان (والقياس) أى مقتضاه (أن يدفع) أى العبد (الى الوكيل) ولا يلتفت الى بينة ذى اليد (لان البينة قامت لا على خصم) بناء على أن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة (فلم تعتبر) أى البينة (وجه الاستحسان أنه) أى الوكيل (خصم فى قصر يده) أى فى حق قصر يد نفسه عن العبد (لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده) أى يد الوكيل يعنى يصير أثر البينة مجرد قصر يده لا اثبات البيع (وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب) وهو الموكل (تعاد البينة على البيع) يعنى لو حضر الموكل لا بد لذى اليد من اعادة اقامة البينة على البيع فى محضر الموكل ولا يكتفى بالبينة السابقة فى اثبات البيع لعدم كون الوكيل خصما من هذه الجهة (فصار) هذا (كما اذا أقام) أى ذو اليد (البينة على أن الموكل عزله) أى عزل الوكيل (عن ذلك) أى عن التوكيل بقبض العين (فانها تقبل) أى فان البينة تقبل هنالك (فى قصر يده) أى فى حق قصر يده (كذا هذا) أى ما نحن فيه (قال) أى محمد فى مختصره (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) كالارتهان فانه اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل وأقام بينة على ذلك تقبل فى حق قصر يده لا فى ثبوت الارتهان فى حق الموكل كذا فى الشروح قال المصنف (ومعناه) أى معنى قول محمد وكذلك العتاق والطلاق (اذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة) أى واذا أقام

العتق والطلاق والبيع وعلى قصر يد الوكيل ففى حق زوال الملك عن الموكل ان قامت البينة لا على خصم ففى قصر يد الوكيل قامت على خصم فتسمع هذه البينة فى حق قصر يد الوكيل ولم تسمع فى حق ازالة ملك الموكل كما لو أقام البينة على ان الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل فى قصر يده (قوله وغير ذلك) كما اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من موكل الوكيل وأقام بينة على ذلك تقصر يد الوكيل عن القبض واذا أقر الوكيل بالخصومة سواء كان وكيل المدعى أو وكيل المدعى عليه فاقرار وكيل المدعى هو ان يقر ان موكله قبض هذا المال واقرار

بعد كورو (قوله اذا أراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها نقلها اليه) أقول قوله نقلها مفعول أراد

(واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله الخ) اذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان وكله المدعى فاقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك عند القاضي جاز والا فلا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا أنه اذا أقر عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة وأقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم أنه مبطل في دعواه وقال أبو يوسف رحمه الله

على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال (واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي) عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا الا أنه يخرج عن الوكالة وقال أبو يوسف يجوز اقراره عليه وان أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده

العبد والامة البينة (على العتاق على الوكيل بنقلهم) متعلق بالاقامة أي واذا أقاموا البينة على الوكيل بنقلهم الى الموكل يعني اذا أراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها الموكل نقلها اليه وأراد الوكيل بقبض العبد والامة نقلهما الى مولاهما الموكل قبضهما ونقلهما اليه فاقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها على أن زوجها طلقها وأقام العبد والامة البينة على الوكيل بنقلهما على أن مولاهما أعتقهما (فانها تقبل في قصر يده) أي في حق قصر يد الوكيل عنهم (حتى يحضر الغائب) أي الى أن يحضر الغائب (استحسانا) أي تقبل استحسانا وأما قياسا فلا تقبل لقيامها الا على خصم (دون العتق والطلاق) أي لا تقبل في حق ثبوت العتق والطلاق لا قياسا ولا استحسانا وذلك لان الوكيل ليس بخصم في اثبات العتق والطلاق وان كان خصما في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق والطلاق على الغائب فتقبل في القصر دون غيره وجملة الكلام في هذه المسئلة أن البينة قامت على شيئين على البيع والعتق والطلاق وعلى قصر يد الوكيل ففي حق زوال الملك عن الموكل قامت لا على خصم وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فتقبل في حق قصر يده لا في حق ازالة ملك الموكل (قال) أي القدوري في مختصره (واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي) متعلق باقر أي أقر عند القاضي (جاز اقراره عليه) أطلق الاقرار والموكل ليتناول اسم الموكل للمدعى والمدعى عليه فان هذا الحكم وهو جواز اقرار الوكيل على موكله لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعيا أو مدعى عليه سوى أن معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فاقرار وكيل المدعى هو أن يقر أن موكله قبض هذا المال واقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على موكله كذا في النهاية ومعراج الدراية وخلاصة هذا ما قاله صاحب العناية سواء كان موكله المدعى فاقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فاقر بثبوته عليه ويقرب منه ما قاله صاحب الكافي ولا فرق بين أن يكون الوكيل بالخصومة من المدعى فاقر بالقبض أو الابراء أو من المدعى عليه فاقر عليه بالحق (ولا يجوز عند غير القاضي) أي لا يجوز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند غير القاضي (عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا) وقوله استحسانا يتعلق بقوله جاز وبقوله لم يجز كذا ذكر في النهاية فتامل (الا أنه يخرج عن الوكالة) فلا يدفع المال اليه ولو ادعى بعد ذلك وأقام بينة على ذلك لا تسمع بينته وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي وعند أبي حنيفة ومحمد تبطل الوكالة على رواية الاصل لانه زعم أنه مبطل في دعواه (وقال أبو يوسف يجوز اقراره عليه وان أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين) أي في مجلس القاضي وفي غير مجلسه وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله (وهو) أي قول زفر والشافعي (قول أبي يوسف أولا وهو القياس) أي مقتضاه (لانه) أي الوكيل (مامور بالخصومة وهي) أي الخصومة (منازعة) ومشاجرة (والاقرار يضاده) أي يضاد

وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على المدعى عليه (قوله لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة)

جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي وهو قول أبي يوسف أولا لا يجوز في الوجهين جميعا والقياس. اما شمول الجواز كما هو مذهب أبي يوسف رحمه الله واما شمول العدم كما هو مذهبهم والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان وجه القياس أن الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه

(قوله قال واذا أقر الوكيل بالخصومة الخ) أقول لا يذهب عليك أن ما ذكره في وجه الاستحسان لا يعمهما بل يختص بما اذا كان الموكل هو المدعى عليه فلا بد من ارتكاب تاويل وتعميم الجواب لما يتكلم به المدعى والمدعى عليه (قوله ولو ادعى بعد ذلك الى قوله انه مبطل في دعواه) أقول فيه تامل (قوله وجه القياس أن الوكيل الخ) أقول فان قيل ان قول المصنف وهو القياس المفهوم منه قصر القياس على قول زفر والشافعي وتشريك أبي يوسف مع أبي حنيفة ومحمد في وجه الاستحسان يأبى ما ذكره قلنا المقصور على قولهما هو القياس الخالص الذي لا يشوبه شيء من الاستحسان والتشريك المذكور لا ينافي كون شمول الوجود ثابتا بالقياس المتفرع على الاستحسان فان صرف التوكيل بالخصومة الى التوكيل بالجواب ثابت استحسانا وعدم اختصاص اقراره بالمجلس ثابت قياسا ويفهم ذلك من قوله بعد ذلك يقول أبو يوسف فتأمل (قوله مامور بالمنازعة لانها الخصومة) أقول الضمير في قوله لانها راجع الى المنازعة

لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار

الخصومة التي هي المنازعة وتذكير الضمير بتاويل ما أمر به (لانه) أي الاقرار (مسالمة) ومساعدة (والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا) أي ولاجل عدم تناول الامر بالشيء ضد ذلك الشيء (لا يملك) أي الوكيل بالخصومة (الصلح والابراء) وكذا لا يملك الهبة والبيع كما صرح به الكافي وغيره فان في كل واحد من هذه الافعال ما يضاد الخصومة (ويصح) أي يصح التوكيل بالخصومة (اذا استثنى الاقرار) بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار أو بان قال وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تقر على قال صاحب النهاية هذه المسئلة دليل من يقول ان التوكيل بالخصومة لا يتناول الاقرار فوجه الدلالة هو أن التوكيل بالخصومة لو كان مجازا لمطلق الجواب لكان ينبغي أن لا يصح استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة وذلك لان المراد من الجواب اما الاقرار أو الانكار لا كلاهما بالاتفاق ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك لا يجوز والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا فعلم بهذا أن التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب اهـ كلامه أقول فيه نظر لانه ان أراد بقوله لان المراد من الجواب أما الاقرار أو الانكار لا كلاهما بالاتفاق أن المراد من الجواب اما الاقرار وحده أو الانكار وحده لا ما يعمهما بالاتفاق فلا نسلم أن الامر كذلك اذ المراد من الجواب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما يعم الاقرار والانكار بطريق عموم المجاز دون أحدهما عينا كما سياتي بيانه مفصلا ومشروحا بما من الشارح المذكور وان أراد بذلك أن المراد منه أحدهما لا بعينه لا مجموعهما معا في حالة واحدة فهو مسلم اذ لا يصح جمع الانكار والاقرار معا في جواب قضية واحدة ولكن لا نسلم حينئذ قوله ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل اذ اللازم فيهما حينئذ انما هو استثناء الجزئي من الكلي كما لا يخفى وقوله والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا ليس بتام أيضا اذ يصح استثناء الانكار في ظاهر الرواية كما يصح استثناء الاقرار نص عليه في الذخيرة وغيرها ثم أقول وبهذا يظهر فساد ما في كلام غاية البيان أيضا في هذا المقام حيث قال في تقرير المحل وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار فاقر الوكيل لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الاقرار لان الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز اهـ فانه ان أراد بقوله لان الخصومة شيء واحد أنها أمر جزئي لا تعدد فيه أصلا فليس كذلك قطعا وان أراد بذلك أنها واحد من حيث المفهوم فهو لا ينافي تعددها من حيث الافراد وصحة استثناء بعض أفرادها منها عند التوكيل بها كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في حل هذا المقام معناه أن الاقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع انتهى واقتفى أثره صاحب العناية في حل المقام ولكن أورد عليه حيث قال ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع ثم قال وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء انتهى أقول نظره ساقط جدا لان عدم التناول انما ينافي صحة الاستثناء المتصل دون الاستثناء المنقطع ويجوز أن يكون مدار صحة

الخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة والاقرار اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المسالمة والموافقة فكان ضد ما أمر به والتوكيل بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة والبيع والصلح والدليل عليه بطلان اقرار الاب والوصي على الصبي مع أن ولايتهما أعم من ولاية الوكيل (قوله ويصح اذا استثنى الاقرار) بان وكله بالخصومة غير جائز الاقرار أي لو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الاقرار ولانه لو استثنى الاقرار صريحا لا يملك الاقرار فكذا اذا استثناه دلالة وقيل معنى قوله ويصح اذا استثنى الاقرار أي لو كان الاقرار داخلا في التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لا يصح استثناء قبول البينة من التوكيل بالخصومة واستثناء الانكار وهذا أيضا يصلح جوابا عما

مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء فيصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء

قال المصنف (والامر بالشيء لا يتناول ضده) أقول تقرير دليلهم أن الخصومة ضد للاقرار وكل ما هو ضد لشيء لا يدخل في الامر به ضده (قوله ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل الخ) أقول فان حقوق الشيء تدخل فيه بالتبعية وما هو كذلك لا يصح استثناؤه الا أن كون الاقرار من حقوق الجواب غير مسلم ولم يدع ذلك أحد بل ذلك من جزئياته كما يعلم من تقرير المصنف وجه الاستحسان (قوله كما لو استثنى الانكار) أقول استثناء الانكار أيضا مختلف فيه بين أبي يوسف ومحمد في الاصح والتفصيل في كتب الاصول (قوله وفيه نظر لانه الخ) أقول لا يتم في الاستثناء المتصل حتى يرد النظر

وكذالو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى

استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة شرعا هو الاستثناء المنقطع فلا يلزم المحذور نعم يرد على الحل المذكور أن من يقول بصحة استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة ممن يقول بجواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله لا يقول بكون الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة بل يقول بكونه من جزئياته كما سيظهر من تقرير المصنف فلا يكون قوله ويصح اذا استثنى الاقرار على المعنى المذكور حجة عليه فلا يتم التقريب واعلم أن الشارح الكاكى والشارح العينى جعلا قول المصنف ويصح اذا استثنى الاقرار جوابا عن سؤال يرد على قولهم أى على قول زفر والشافعى وقول أبى يوسف أولا وقرر السؤال والجواب بما لا حاصل له كما لا يخفى على الفطن الناظر فى كلامهما ولما رأينا تفصيل ذلك اطنابا مملا أعرضنا عنه على أن ما آل ماذكره الكاكى فى تقرير الجواب ماذكر فى النهاية وما آل ماذكره العينى فى تقريره ماذكر فى غاية البيان وقد عرفت حالهما (وكذالو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة) يعنى الانكار (اذ العادة) فى التوكيل (جرت بذلك ولهذا يختار فيها) أى فى الخصومة (الاهدى فالاهدى) والاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية قال صاحب النهاية هذه المسئلة مبتدأة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعنى لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الاختلاف أيضا كذا فى المختلفات البرهانية اه وقد اقتفى أثره فى ذلك أكثر الشراح الا أن صاحب العناية ذكره بطريق النقل عن النهاية وقال صاحب غاية البيان وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية وظنى أنه أراد بذلك فكذا فيما لو وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة يعنى لما كان الامر بالشئ لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح وصح استثناء الموكل الاقرار أنتج أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لا بجواب هو مسالمة وهو الاقرار ولاجل أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار فى التوكيل بالخصومة الاهدى فى الخصومة فالاهدى ولا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لان المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المامور بالخصومة اذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والاقرار مضادة ولهذا صرح علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح فعلم أنه اذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة وقد تحير بعض الشارحين فى هذا المقام فقال هذه مسئلة مبتدأة لا للاستشهاد الى هنا كلامه أقول فيه نظر أما أولا فلان كون الكلام المذكور من قبيل سهو القلم مما ظن أنه مراد بذلك مما لا ينبغى أن ينسب الى من له أدنى تمييز فضلا عن أن ينسب الى صاحب الهداية ذلك الامام الذى لن تسمع بمثله الادوار ما دار الفلك الدوار فان بين الكلام المذكور وما ظنه مرادا بذلك بونا بعيدا من حيث اللفظ والمعنى فانى يتيسر الحمل على أن يكون أحدهما سهوا عن الآخر وأما ثانيا فلانا لا نسلم عدم امكان تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره قوله لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار قلنا ان أراد به أنه لو وكله بالجواب مطلقا

يقال الخصومة حرام فيجعل التوكيل بها مجازا عن التوكيل بالجواب فيتناول الاقرار فاجاب ان المصير الى المجاز عند تعذر الحقيقة وهنا لا تعذر فانه يصح استثناء الاقرار فبقى توكيلا بمحض الخصومة وفى النهاية معنى قوله ويصح اذا استثنى الاقرار ان التوكيل بالخصومة لو كان مجاز المطلق الجواب كان ينبغى أن لا يصح استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة لان المراد من الجواب اما الاقرار أو الانكار لا كلاهما بالاتفاق ثم فى صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك ممتنع ولهذا لو استثنى الانكار لا يصح لما قلنا فعلم بهذا أن التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب (قوله وكذالو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة) هذه مسئلة مبتدأة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعنى لو وكله بالجواب مطلقا فهو على

(قوله وكذالو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة) قال فى النهاية هى مسئلة مبتدأة خلافية لم يوردها على وجه للاستشهاد يعنى لو وكله بالجواب مطلقا فهو أيضا على هذا الخلاف كذا فى المختلفات البرهانية

قال المصنف (وكذالو وكله بالجواب مطلقا) أقول والظاهر من سياق العلامة النسفى فى الكافى ان هذه المسئلة ذكرت استشهادا فانه قال ولو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار يصح التوكيل ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الاقرار ولانه لو استثنى الاقرار صريحا لا يملك الاقرار فكذا اذا استثناه دلالة والظاهر أن يكون مستثنى فى توكيله الاقرار ولهذا لو وكله بالجواب مطلقا ينصرف الى جواب هو خصومة اذ العادة فى التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الاهدى فالاهدى والوكالة تتقيد بدلالة العرف انتهى فليتامل فانه يجوز أن يكون نظير مسئلتى الفحم والجمد على ما سبق قبل ورقتين فتذكر

وجه

وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا

لا يتقيد على قول أبى حنيفة ومحمد وقول أبى يوسف آخرا بجواب هو خصومة فهو مسلم لكن لا يضر بتصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعى رحمهما الله وقول أبى يوسف أولا كما هو مراده قطعا وان أراد بذلك أنه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول زفر والشافعى وقول أبى يوسف أولا أيضا بجواب هو خصومة فهو ممنوع كيف وقد صرح فى المختلفات البرهانية بان هذه المسئلة أيضا على الاختلاف المذكور فى التوكيل بالخصومة قوله لان المامور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المامور بالخصومة اذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والاقرار مضادة قلنا لزفر أن يقول فى مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا ان الامر ينصرف الى جواب هو خصومة اذ العادة فى التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الاهدى فالاهدى والوكالة تتقيد بدلالة العرف صرح بهذا التقرير فى الكافى والتبيين ولا شك ان اتفاق جواب المسئلتين لا يقتضى اتحاد دليلهما قوله ولهذا صرح علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح قلنا لا يدل ما صرح به علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف على انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح عند جميع الائمة حتى زفر والشافعى فلا يتم مطلوبه وأما صحة ذلك عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف على قوله الآخر فمما لا يشك فيه أحد فاندفع ما اشتبه عليه ههنا بحذافيره ثم أقول الانصاف ان كون ماذكره المصنف ههنا مسئلة مبتدأة خلافية غير موردة على وجه الاستشهاد كما اختاره جمهور الشراح مما لا يليق بشأن المصنف اذ هو بصدد بيان أدلة أقوال المجتهدين فى مسئلة التوكيل بالخصومة فالضرورة فى شروع مسئلة أخرى أثناء ذكر أدلة هذه المسئلة قبل تمامها فالوجه عندى ان هذه المسئلة ذكرت ههنا على وجه الاستشهاد يعنى لو وكله بالجواب المطلق صريحا لا يتناول الاقرار بل يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار بدلالة العرف ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى فكيف يتناول الاقرار ما اذا وكله بالخصومة بمجرد احتمال أن يراد بالخصومة مطلق الجواب مجازا ثم مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا أيضا على الاختلاف المذكور فى التوكيل بالخصومة كما صرح به فى المختلفات البرهانية فلا يحصل بها الزام الخصم الا أن ذكرها ههنا من قبيل رد المختلف على المختلف فيصير استشهادا تحقيقيا عند المستدل وان لم يكن الزاميا ونظير هذا أكثر من أن يحصى فتدبر (وجه الاستحسان ان التوكيل) يعنى أن التوكيل المعهود المذكور وهو التوكيل بالخصومة (صحيح قطعا) أى صحيح من كل وجه بالاجماع (وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) أى صحة هذا التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل بغير المملوك تصرف فى غير ملكه وهو غير صحيح قال صاحب غاية البيان ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذمى ببيع الخمر أو شرائها فانه يجوز على مذهب أبى حنيفة مع ان المسلم لا يملك ذلك بنفسه لانا نقول ان ذلك مملوك للمسلم ضمنا وحكما التصرف توكيل وان لم يكن مملوكا قصدا على وجه لا يلحقه اللوم والاثم فى ذلك على أنا نقول ان للمسلم ولاية فى جنس التصرف لكونه حراعاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته ولا يشترط أن يكون للموكل ولاية فى كل الافراد وقد مضى بيان ذلك فى أوائل كتاب الوكالة عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام اه كلامه أقول فى جوابه الثانى بحث لانه لا يدفع النقض اللازم ههنا بصحة توكيل المسلم الذمى ببيع الخمر وشرائها عند أبى حنيفة بل يؤيده فانه اذا لم يشترط أن يكون للموكل ولاية فى كل الافراد فجاز عند أبى حنيفة بناء على ذلك توكيل المسلم الذمى بما لا يملكه بنفسه وهو بيع الخمر وشراؤها ينبغى أن يجوز عنده فيما نحن فيه أيضا صحة التوكيل بما لا يملكه الموكل بناء

هذا الخلاف أيضا عند زفر والشافعى رحمهما الله يتقيد بجواب هو خصومة لان العادة فى التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار فيه الاهدى فالاهدى وفى الاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا بالاجماع وصحته قطعا تتناول ما يملكه قطعا والمملوك قطعا مطلق الجواب لا الاقرار ولا الانكار عينا

وجه الاستحسان أن هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل فى غير المملوك تصرف فى غير ملكه وهو غير صحيح وان اختلج فى ذهنك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر

قال المصنف (وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) أقول ولا يبعد ارجاع الضمير فى قوله يملكه الى الوكيل فلا يرد التوكيل بالخمر (قوله وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) أقول أى ما يملكه الموكل شرعا ثم اعلم أن الضمير فى قوله بتناوله راجع الى التوكيل فى قوله وجه الاستحسان ان هذا التوكيل

فتذكر ماتقدم فيسوذلك أى بماعلكه الوكيل مطلق الجواب دون أحدهماعينالان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقراروان كان مبطلاوجب عليه الانكار لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف الى المطلق مجازا على ماسيأتى تحريا للصحة قطعا (قوله ولواستثنى الاقرار) جواب عن مستشهد زفر رحمه الله ووجهه لانسلم صحة الاستثناء بل لايصح على قول أبى يوسف رحمه الله لانه لايملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لايحل له كما مر آنفا ولئن سلمنا صحته كما قال محمد رحمه الله لكنه انما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على تملكه اياه وبيان ذلك ماقلنا أنه لايحل له الانكار لجواز أن يكون الخصم محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد أنه فصل بين وكيل الطالب و وكيل المطلوب ولم يصححه فى المطلوب لكونه مجبورا عليه قال فى النهاية أى على الاقرار لان المدعى يثبت ماادعاه بالبينة أو يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذا وكيله الا ان الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لاتجرى فى الايمان فلا

يفيد استثناء الاقرار فائدته ولقائل أن يقول المدعى قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لايضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب أن المطلوب مجبور على الاقرار

(قوله فتذكر ما تقدم فيه) أقول فى الورق الثانى من كتاب الوكالة فراجعه متشبثا بذيل انصافك هل تجد هنالك ماينفع فى دفع النقض هنا وعندى أن تقييد قوله صح بقوله قطعا أى اجماعا متكفل بدفع النقض فان صحة توكيل المسلم ببيع الخمر مختلف فيه وأقل درجة الخلاف ايراث الشبهة ولا تكون قطعية فليتأمل (قوله لانه لايملك الاستثناء لان ملكه الخ) أقول الضمير فى قوله ملكه راجع الى الاستثناء

وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عيناوطريق المجاز موجود على مانبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولواستثنى الاقرار فعن أبى يوسف رحمه الله أنه لايصح

على ذلك فلا يتم قوله وصحته بتناوله مايملكه قطعا وقال صاحب العناية وان اختلج فى ذهنك صحة توكيل المسلم الذمى ببيع الخمر فتذكر ماتقدم فيه اهـ أقول الذى تقدم فيه من صاحب العناية هو قوله فى أوائل كتاب الوكالة بصدد شرح قول المصنف ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبى حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لايملك التصرف فى الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام فى قوله يملك التصرف للعهد أى يملك التصرف الذى وكل به وأما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبى والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد اهـ ولا يخفى ان مآل هذا ماذكره صاحب غاية البيان فى جوابه الثانى وقد بينا أن لايدفع النقض ههنا بل يؤيده (وذلك) أى مايملكه الموكل (مطلق الجواب) المتناول للانكار والاقرار جميعا (دون احدهما عينا) أى دون أحد الجوابين بعينه لانه ربما يكون أحدهما بعينه حراما لان خصمه ان كان محقا يجب عليه الجواب بالاقرار وان كان مبطلا يجب عليه الجواب بالانكار فلا يملك المعين منهما قطعا فلا يصح التوكيل به قطعا بل يصح من وجه دون وجه وحيث صح من كل وجه علم أنه يتناول مملوكه من كل وجه وهو مطلق الجواب الداخل تحته كل واحد منهما (وطريق المجاز) أى بين الخصومة ومطلق الجواب (موجود على مانبينه ان شاء الله تعالى) على ماسيأتى عن قريب عند بيان وجه قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فى هذه المسئلة (فيصرف اليه) أى فيصرف التوكيل بالخصومة الى التوكيل بمطلق الجواب (تحريا للصحة قطعا) أى تحريا لصحة كلام الموكل قطعا فان كلام العاقل يصان عن الالغاء (ولواستثنى الاقرار فعن أبى يوسف أنه لايصح) جواب عن مستشهد زفر والشافعى يعنى

فيصرف الى مطلق الجواب تحريا للصحة قطعا وعن أبى يوسف رحمه الله انه لايصح استثناء الاقرار لانه لم يملك

الاستثناء (قوله وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم) أقول فيه أنه لم يحمل لانه فى الاطلاق على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح لظهور أن فى الاطلاق أيضا دلالة على ذلك كما يدل عليه قول المصنف للتنصيص زيادة دلالة و يمكن أن يقال ظهور محقية الخصم كثيرا منع الاعتداد بتلك الدلالة بخلاف التنصيص فليتأمل قال فى الكافى لان صحة اقرار الوكيل باعتبار ترك حقيقة اللفظ الى المجاز حملا على ماهو الاولى بالمسلم اذ الخصومة منازعة والمنازعة حرام والتوكيل بالحرام حرام فحملناه على المجاز لظاهر حاله انتهى يعنى حملناه دلالة ظاهر حاله من الديانة على دلالة الاطلاق فافهم الا أنه بقى البحث فى قوله والمنازعة حرام لان حرمة المنازعة ممنوعة على الاطلاق فليتأمل (قوله فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته) أقول فانه لو لم يقر الوكيل يقر الموكل فلا فرق بين الاقرارين فتفوت فائدة الاستثناء (قوله والجواب أن المطلوب مجبور الخ) أقول لايقال اذا كان المدعى عليه محقا لايقر الوكيل فلا فائدة فى الاستثناء أيضا لانا لانسلم أنه لايقر لجواز أن يخدعه الطالب باعطاء الرشوة مثلا فيقر فليتامل ولعل مراد صاحب النهاية أن الظاهر أن الوكيل المتدين لايقر كاذبا على موكله بل انما يقر اذا كان الخصم محقا وفى تلك الصورة يضطر الموكل الى الاقرار بعرض اليمين فلا يفيد استثناؤه و يندفع عنه ماذكره هذا الشارح كما لايخفى فيكون المراد بقوله مجبور عليه أنه مجبور على الاقرار وجودا وعدما

لانه لايملكه وعن محمد رحمه الله أنه يصح لان للتنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه فى الثانى لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه

لانسلم صحة هذا الاستثناء بل لايصح على قول أبى يوسف كماذكره شيخ الاسلام فى شرح الجامع الصغير فى أصول الفقه أيضا (لانه) أى لان الموكل (لايملكه) أى لايملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لايحل ذلك كما مر آنفا كذا ذكره فى العناية وكثير من الشروح أولا ومن أصله أن صحة الاقرار باعتبار قيامه مقام الموكل لالانه من الخصومة فيصير ثابتا بالوكالة حكما لها فلا يصح استثناؤه كما لو وكل بالبيع على أن لايقبض الوكيل الثمن أولايسلم المبيع فان ذلك الاستثناء باطل كذا هذا كذا ذكر فى الكافى وفى بعض الشروح (وعن محمد أنه يصح) يعنى ولئن سلمنا أن استثناء الاقرار يصح كما قال محمد فى ظاهر الرواية لكنه انما يصح (لان للتنصيص) أى لتنصيص الموكل على الاستثناء (زيادة دلالة على ملكه اياه) أى على تملكه الانكار وبيان ذلك أنه انما لم يحل له الانكار لجواز أن يكون خصمه محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار (وعند الاطلاق) أى عند اطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الاقرار (يحمل على الاولى) أى يحمل كلامه على ماهو الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب (وعنه) أى عن محمد (أنه فصل بين الطالب والمطلوب) أى فصل بين المدعى والمدعى عليه فى استثناء الاقرار عند التوكيل بالخصومة فصحح استثناءه فى الاول وهو الطالب (ولم يصححه فى الثانى) وهو المطلوب (لكونه) أى لكون المطلوب (مجبورا عليه) أى على الاقرار كذا فى النهاية وفى العناية أيضا نقلا عن النهاية أو على ترك الانكار كذا فى كثير من الشروح وقال فى غاية البيان بعد ذكر ذلك أو يقال لكون المطلوب شخصا يجبر عليه فى الخصومة (ويخير الطالب فيه) أى فى أصل الخصومة فله ترك أحد وجهيها كذا فى الكفاية وذكر فى التتمة عن محمد أنه يصح استثناء الاقرار من الطالب لانه مخير ولا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه يعنى ان الوكيل اذا كان من جانب المدعى صح استثناء الاقرار لان المدعى لما كان مخيرا بين الاقرار والانكار أدى الاستثناء فائدته فى حقه وأما اذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثناء الاقرار لانه لايفيد ذلك لان المدعى يثبت ماادعاه بالبينة على المدعى عليه أو يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذلك وكيله الا أن التوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لاتجرى فى الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته كذا فى النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك مجملا ولقائل أن يقول المدعى قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لايضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب أن المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا فى الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير فى كل حال فكان استثناؤه مفيدا الى هنا كلامه أقول فى الجواب نظر لانه اذا لم يتعين كون المطلوب مجبورا على الاقرار بل كان ذلك احتمالا محضا موقوفا على كونه مبطلا لم يتعين عدم الفائدة فى استثنائه الاقرار بل كان ذلك أيضا احتمالا محضا فبمجرد الاحتمال كيف يجوز اساءة الظن بالمسلم والغاء كلام العاقل مع وجوب حمل أمر المسلم على الصلاح وصيانة كلام العاقل عن الالغاء أقول بقى ههنا بحث وهو أن الطالب أيضا قد يكون مجبورا على الاقرار لان اقرار الطالب لايتصور من حيث انه مدع اذ الدعوى والاقرار متباينان بل متضادان وانما يتصور ذلك من

للتوكيل بالانكار عينا وانما يملك التوكيل بجواب هو حق لامحالة وعن محمد رحمه الله انه يصح لان التنصيص على استثناء الاقرار زيادة دلالة على انه متيقن بحقه فى الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى أى على ماهو الاولى بالمسلم وهو مطلق الجواب فانه حلال فى عموم الاحوال والخصومة منازعة وهى حرام والتوكيل بالحرام حرام فحملناه على المجاز بظاهر حاله (قوله وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب) أى وعن محمد رحمه الله انه لم

اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا فى الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير فى كل حال فكان استثناؤه مفيدا ولم يذكر المصنف رحمه الله الجواب عن صورة الصلح والابراء وأجيب بانه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح أو الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح أو الابراء لم يكن أشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله لامحالة وأيضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغى

(قوله اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل الخ) أقول فيه اساءة الظن بالمسلم ثم لايلزم مماذكره عدم صحة استثناء المطلوب مطلقا الا بتغليب جانب مبطلية المطلوب على محقيته اذ لاعلم لنا بتعيين مواضع محقيته ومبطليته ليمكن القول بصحة الاستثناء فى الاول دون الثانى وفيه السعى فى الغاء كلام العاقل مع ماذكرنا من اساءة الظن و يمكن أن يقال جانب المطلوب يعارضه جانب الطالب ويترجح طلب الطالب باقرار الوكيل

فبعد ذلك يقول أبو يوسف رحمه الله ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا قرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة أو مجازا والاقرار فى مجلس القضاء خصومة مجازا امالانه خرج فى مقابلة الخصومة

حيث انه مدعى عليه باستيفاء حقه من خصمه ولا شك أن الطالب من حيث انه مدعى عليه يعرض عليه اليمين فيكون مجبورا على الاقرار لا يقال المراد ان الطالب من حيث انه طالب أى مدع يصح منه استثناء الاقرار لعدم كونه مجبورا على الاقرار من هذه الحيثية بل مخير بخلاف المطلوب من حيث انه مطلوب أى مدعى عليه فانه قد يكون مجبورا عليه لانا نقول الطالب من حيث انه طالب لما لم يتصور منه الاقرار قط لم يمكن استثناء الاقرار هناك أصلا فضلا عن صحته فليتأمل ثم قال صاحب العناية ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابراء وأجيب بانه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح أو الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح والابراء ان لم يكن أشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله لا محالة وأيضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغى أن تجوز الاستعارة والاولى أن يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا أو بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة أخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا الى هنا كلامه أقول فنظره الاول ساقط جدا اذ لا نسلم ان افضاء الخصومة الى الصلح والابراء أشد من افضائها الى الاقرار أو مثل افضائها اليه كيف والخصم قد يضطر الى الاقرار عند عرض اليمين عليه بخلاف الصلح والابراء فان الخصم لا يضطر اليهما أصلا بل هو مختار فيهما مطلقا على أنهما لا يتحققان باختيار الخصم فقط بل لا بد فيهما من اختيار المتخاصمين معا والى هذا كله أشار المجيب وهو الشارح الاتقانى فى تقرير جوابه حيث قال والجواب عن القياس على الصلح فنقول انما لم يصح صلح الوكيل لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح بل هو تصرف ابتداء يتعلق باختيارهما اه (فبعد ذلك) شروع فى بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين الائمة الثلاثة أى بعد ما ثبت ان التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله (يقول أبو يوسف) فى التسوية بين مجلس القضاء وغيره (ان الوكيل قائم مقام الموكل) فيقتضى هذا أن يملك ما كان الموكل مالكا له (واقراره) أى اقرار الموكل (لا يختص بمجلس القضاء) لان الاقرار موجب بنفسه وانما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجبا الا بانضمام القضاء اليه كالبينة والنكول (فكذا اقرار نائبه) أى هو أيضا لا يختص بمجلس القضاء (وهما) أى أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله (يقولان) فى الفرق بين مجلس القضاء وغيره (أن التوكيل) أى التوكيل بالخصومة (يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة) وهو الانكار (أو مجازا) وهو الاقرار لما مر أنه ينصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهى الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا فى مجلس القضاء فما كان منه فى غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار انما يكون خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب فى غير مجلس القضاء فلا اقرار يكون خصومة مجازا فى غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به ثم ان طريق كون الاقرار من حيث انه جواب خصومة مجازا كما وعد المصنف بيانه فيما مر ما ذكره ههنا بقوله (والاقرار فى مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه) أى الاقرار (خرج فى مقابلة الخصومة) جوابا عنها فسمى باسمها كما سمى جزاء العدوان عدوانا فى قوله تعالى

يصح استثناء الاقرار من المطلوب لكونه مجبورا عليه وانما يكون مجبور الدفع ضرر المدعى وفى صحة استثناء الاقرار اضرار به وصح استثناء الاقرار من توكيل الطالب لانه مخير فى أصل الخصومة فله ترك أحد وجهيها (قوله جوابا يسمى خصومة حقيقة) بان أنكر أو مجازا بان أقر والاقرار فى مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج فى مقابلة الخصومة أى فى جواب الخصومة واطلاق اسم أحد المتقابلين على الآخر جائز مجازا قال الله

أن تجوز الاستعارة والاولى أن يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا أو بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة أخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا (قوله فبعد ذلك) شروع فى بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة أى بعد ما ثبت أن التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله (يقول أبو يوسف) فى التسوية بين مجلس القاضى وغيره (الوكيل قائم مقام الموكل واقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة أو مجازا) لما مر أنه يصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهى الخصومة والمجاز وهو الاقرار (والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا فى مجلس القضاء)

قال المصنف (امالانه خرج فى مقابلة الخصومة) أقول فيكون مجازا على سبيل المشاكلة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها (قوله لا يكون خصومة مجازا الا فى مجلس القضاء)

او

لما كان منه فى غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب فى غير مجلس القضاء فلا اقرار يكون خصومة مجازا فى غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به (اما) أنه خصومة مجازا فـ(لانه خرج فى مقابلة الخصومة) فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوى لما قررنا فى التقرير أنه لا يصلح مجوزا شرعيا (أو لان الخصومة سبب الاقرار) فكان المجوز السببية وهو مجوز شرعى نظير الاتصال الصورى فى اللغوى كما عرف وأما اختصاصه بمجلس القضاء فـ(لان الظاهر اتيانه بالمستحق و (المستحق) هو الجواب فى مجلس القضاء فيختص به) ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان أوفى تادية للمقصود (قوله لكن) استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار فى غير مجلس القضاء ليس بجواب كان الواجب أن لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه (اذا ثبت أنه أقر عند غير القاضى خرج من الوكالة حتى لا يدفع المال

أولانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب فى مجلس القضاء فيختص به لكن اذا أقيمت البينة على اقراره فى غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال

فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وكما سمى جزاء السيئة سيئة فى قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها كذا فى المبسوط والاسرار قال صاحب العناية فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوى لما قررنا فى التقرير أنه لا يصلح مجوزا شرعيا وقال بعض الفضلاء بل الظاهر أن مجوزه المشاكلة أقول لا يخفى على من يعرف حقيقة المشاكلة وتتبع النظر فى مباحثها أن المشاكلة بمعزل عما نحن فيه وانما غره تمثيلهم ما نحن فيه بقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولكن جواز المشاكلة أيضا فى ذينك الموضعين من النظم الشريف لا يقتضى جوازه فيما نحن فيه تامل تقف (أولانه) أى الخصومة على تاويل التخاصم كذا فى النهاية وغيرها وقال فى معراج الدراية وفى بعض النسخ أولانها (سبب له) أى الاقرار وقد سمى المسبب باسم السبب كما يقال صلاة العيد سنة مع انها واجبة باعتبار أنها تثبت بالسنة وكما يسمى جزاء السيئة سيئة اطلاقا لاسم السبب على المسبب فكان المجوز السببية قال فى العناية وهو مجوز شرعى نظير الاتصال الصورى فى اللغوى كما عرف (لان الظاهر اتيانه) أى اتيان الخصم (بالمستحق) فتكون الخصومة سببا له حيث أفضى اليه ظاهرا كذا ذكره تاج الشريعة واختاره العينى فحينئذ يكون قوله لان الظاهر الخ تعليلا لقوله أولانه سبب له وقيل هو تعليل لقوله والاقرار فى مجلس القضاء خصومة مجازا بملاحظة القصر فى التقييد بقوله فى مجلس القضاء يعنى لا الاقرار فى غيره فتأمل اه ويشعر به تحرير صاحب العناية حيث قال وأما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق الخ فتفكر (وهو) أى المستحق (الجواب فى مجلس القضاء) لا غير (فيختص به) أى فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء قال صاحب العناية ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان أوفى تادية للمقصود انتهى وقال بعض الفضلاء انما لم يقل لان الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب وسنده ما مر فى أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها انتهى أقول ليس هذا بشئ لان مداره على زعم أن ضمير عليه واتيانه فى قوله لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق راجع الى الوكيل من حيث انه وكيل وليس كذلك بل هو راجع الى الخصم وهو الموكل حقيقة وان عد الوكيل أيضا خصما القيامه مقام الموكل فالوجوب ههنا يصير حكم الخصومة لا حكم الوكالة ووجوب الجواب على الخصم مما لا يقبل المنع قطعا وما مر من صاحب العناية فى أول كتاب الوكالة وهو جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه انما هو حكم الوكالة وذلك لا ينافى كون الوجوب المذكور ههنا حكم الخصومة فلا يكاد يصلح سند المنع ذلك ألا يرى انه يجب على الوكيل كثير من أحكام ما باشره بالوكالة كما قالوا كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة وغيرهما فحقوقه تجب على الوكيل دون الموكل مع اطباقهم على أن حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه فالتوفيق فى ذلك كله أن الوجوب حكم ما باشره والجواز حكم أصل الوكالة فلا تغفل (لكن اذا أقيمت البينة على اقراره) أى على اقرار الوكيل (فى غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة) هذا استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا لم يكن الاقرار فى غير مجلس القضاء جوابا كان الواجب أن يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه لكن اذا ثبت انه أقر عند غير القاضى خرج من الوكالة (حتى لا يؤمر) أى لا يؤمر الخصم (بدفع المال

تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وجزاء سيئة سيئة مثلها أو لان الخصومة فى مجلس القضاء سبب

أقول لا يذهب عليك ما فى كلامه من الركاكة ظاهرا ويندفع بجعل قوله الا فى مجلس القضاء حالا من اسم لا يكون (قوله اذ الاقرار خصومة الخ) أقول من قبيل قياس المساواة المنتج (قوله أما انه خصومة مجازا) أقول أى من حيث انه جواب ويفهم من بيان المجوز اعتبار تلك الحيثية فافهم (قوله فلانه خرج فى مقابلة الخصومة) أقول أى جوابا عنها (قوله فكان مجوزه التضاد) أقول بل الظاهر أن مجوزه المشاكلة قال المصنف (لان الظاهر اتيانه بالمستحق) أقول تعليل لقوله والاقرار فى مجلس القضاء خصومة مجازا بملاحظة القصر من التقييد بقوله فى مجلس القضاء يعنى لا الاقرار فى غيره فتأمل (قوله ولو قال لان الواجب عليه الخ) أقول انما لم يقل لان الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب وسنده ما مر فى أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها

اليه لانه صارمناقضا وصار كالاب أوالوصى اذا أقر فى مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليهما قال (ومن كفل بمال عن رجل

اليه) أى الى الوكيل (لانه صار مناقضا) فى كلامه حيث كذب نفسه بالقول الاول والمناقض لادعوى له قال فى الكافى حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه لا يمكن أن يبقى وكيلا بمطلق الجواب لانه لا يملك الانكار لانه يصير مناقضا فى كلامه فلو بقى وكيلا بقى وكيلا بجواب مقيد وهو الاقرار وما وكله بجواب مقيد وانما وكله بالجواب مطلقا انتهى (وصار) أى صار الوكيل المقر فى غير مجلس القضاء (كالاب والوصى اذا أقر) أى أقر واحد منهما (فى مجلس القضاء) فانه (لا يصح) اقراره ولا يدفع المال اليه بيانه أن الاب أو الوصى اذا ادعى شيأ للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب أو الوصى ثم جاء يدعى المال فان اقرارهما لا يصح (ولا يدفع المال اليهما) لانهما خرجا من الولاية والوصاية فى حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا كذا ذكر فى أكثر الشروح والاحسن ماذكر فى الكفاية من أن الاب والوصى اذا أقرا على اليتيم فى مجلس القضاء أنه استوفى حقه لا يصح اقرارهما عليه ولكن لا يدفع المال اليهما لزعمهما بطلان حق الآخذ وانما لا يصح اقرارهما لان ولايتهما نظرية ولا نظر فى الاقرار على الصغير انتهى واعلم ان حاصل هذه المسئلة أعنى مسئلة التوكيل بالخصومة على خمسة أوجه الاول أن يوكله بالخصومة ولا يتعرض لشئ آخر وفى هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار بالاجماع ويصير وكيلا بالاقرار أيضا عند علمائنا الثلاثة الثانى أن يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار وفى هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار لان باستثناء الاقرار تبين أن الوكيل ما يتناول نفس الجواب انما يتناول جوابا مقيدا بالانكار هكذا ذكر شيخ الاسلام فى الاصل وذكر الامام فخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع أن هذا الاستثناء على قول أبى يوسف لا يصح وعند محمد يصح وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسى فى شرح وكالة الاصل وفى الفتاوى الصغرى ان استثناء الاقرار من الطالب يصح ومن المطلوب لا يصح عند محمد الثالث أن يوكله بالخصومة غير جائز الانكار وفى هذا الوجه يصير وكيلا بالاقرار ويصح الاستثناء فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف لا يصح الاستثناء الرابع أن يوكله بالخصومة جائز الاقرار عليه وفى هذا الوجه يصير وكيلا بالخصومة والاقرار حتى لو أقر صح اقراره على الموكل عندنا خلافا للشافعى رحمه الله ويجب أن يعلم أن التوكيل بالاقرار صحيح عندنا ولا يصير الموكل مقرا بنفس التوكيل عندنا ذكر محمد المسئلة فى باب الوكالة بالصلح الخامس أن يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار والانكار ولا رواية فى هذا الوجه عن أصحابنا وقد اختلف المتأخرون فيه بعضهم قالوا لا يصح هذا التوكيل أصلا لان التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة وجواب الخصومة اقرار وانكار فاذا استثنى كلاهما لم يفوض اليه شيأ وحكى عن القاضى الامام صاعد النيسابورى انه قال يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلا بالسكوت متى حضر مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه وانما يصح التوكيل بهذا القدر لان ما هو مقصود الطالب وهو الوصول الى حقه بواسطة اقامة البينة يحصل به كل ذلك من الذخيرة ثم اعلم انه لو أقر الوكيل بالخصومة فى حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم فى اقرار الوكيل فيورث شبهة فى درء ما يندرئ بالشبهات كذا فى التبيين (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن كفل بمال عن رجل

للجواب ظاهرا والجواب تارة بلا وتارة بنعم والسببية طريق المجاز ولهذا يختص بمجلس القضاء لكن اذا أقيمت البينة على اقراره فى غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة لزعمه بطلانه فلا يؤمر بدفع المال اليه فصار كالاب والوصى اذا أقرا على اليتيم انه استوفى حقه فى مجلس القضاء لا يصح اقرارهما عليه ولكن لا يدفع المال اليهما لزعمهما بطلان حق الاخذ وانما لا يصح اقرارهما لان ولايتهما نظرية ولا نظر فى الاقرار على الصغير فاما التفويض من الموكل حصل مطلقا غير مقيد بشرط النظر فيدخل تحته الاقرار والانكار جميعا غير ان الاقرار صحته تختص بمجلس القضاء على ماذكرنا (قوله ومن كفل بمال عن رجل) صورة المسئلة ماذا وكل رب

اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب أو الوصى اذا أقر فى مجلس القضاء فانهما اذا ادعيا شيأ للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب أو الوصى ثم جاء يدعى المال فان إقرارهما (لا يصح ولا يدفع المال اليهما) لانهما خرجا من الولاية والوصاية فى حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا قال (ومن كفل بمال عن رجل الخ)

فوكله

ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا فى ذلك أبدا الا بعد براءة الكفيل ولا قبلها أما بعد البراءة فلانها لما لم تصح حال التوكيل لما سنذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فاجازها بعد ما بلغته فانها لا تجوز لانها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة وأما قبل البراءة فلان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه فى ابراء ذمته كالمحال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فانه لا يصير وكيلا لما قلنا ونوقض بتوكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه صحيح وان كان عاملا فى ذلك لنفسه ذكره فى الجامع الصغير وأجيب بالمنع مستندا الى ماذكره شيخ الاسلام رحمه الله أن المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ماذكر فى الجامع سلمناه لكن الابراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد وكلامنا فى التوكيل بالقبض واعترض بان عمل الوكيل لنفسه ضمنى لكون الموكل أصيلا فى اثبات الوكالة والضمنيات قد لا تعتبر وأجيب بان لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فان قيل فلتنسخها الوكالة لطريانها عليها كما لو تأخرت الكفالة عنها فانها تنسخها قال المحبوبى رحمه الله فى الجامع الصغير الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مثله والوكالة دون الكفالة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز عكسه

فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا فى ذلك أبدا) لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه فى ابراء ذمته فانعدم الركن

فوكله صاحب المال بقبضه) أى بقبض المال (عن الغريم لم يكن وكيلا فى ذلك) أى لم يكن الكفيل وكيلا فى قبض المال عن الغريم (أبدا) أى لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها حتى لو هلك المال فى يده لم يهلك على الموكل أما بعد البراءة فلانها لما لم تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فاجازها بعد ما بلغته فانه لا تجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لانها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة وأما قبل البراءة فلما ذكره بقوله (لان الوكيل من يعمل لغيره) وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره فانه عامل لنفسه فى ابراء ذمته (ولو صححناها) أى ولو صححنا الوكالة فيما نحن فيه (صار) أى صار الوكيل (عاملا لنفسه فى ابراء ذمته) لان قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا بقبض وكيله (فانعدم الركن) أى ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلا لما قلنا فان قيل يشكل هذا برب الدين اذا وكل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه يصح نص عليه فى الجامع الكبير وان كان المديون فى ابراء نفسه ساعيا فى فكاك رقبته قلنا ذكر شيخ الاسلام فى تعليل هذه المسئلة أن المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ماذكر فى الجامع فكان للمنع فيه مجال كذا فى الفوائد الظهيرية ولئن سلمنا ذلك فنقول ان الابراء تمليك بدليل أنه يرتد

الدين كفيله بقبض المال عن المديون لا يصح توكيله أبدا حتى لو هلك المال فى يده لا يهلك على الموكل وقوله أبدا أى قبل براءة الكفيل وبعدها أما قبل البراءة فلما ذكر فى الكتاب من انعدام ركن الوكالة وأما بعد البراءة فانه لما لم يوجب وكالة حال وجود التوكيل للمانع لا ينقلب وكالة بعد انعدام المانع كمن كفل لغائب فلم يصح لعدم قبوله وهو شرط ثم اذا بلغه الخبر فأجاز لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله (قوله فانعدم الركن) أى ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلا لما قلنا فان قيل يشكل برب الدين اذا وكل المديون بابراء نفسه من الدين يصح ذكره فى الجامع وان كان المديون فى ابراء نفسه ساعيا فى فكاك رقبته قلنا ذكر شيخ

(قوله لا بعد براءة الكفيل الخ) أقول بان أبرأه المكفول له عن الكفالة قال المصنف (فلان الوكيل من يعمل لغيره) أقول ولا واحد من الكفيل من يعمل لغيره فهذا قياس من الشكل الثانى أو هو قياس من الشكل الاول على هذه الصورة لو كان الكفيل وكيلا لصار عاملا لنفسه وكل من صار عاملا لنفسه فليس بوكيل اذ لا شئ ممن هو عامل لنفسه بوكيل وهذا ألائم ببعض عبارته فتأمل قال المصنف (ولو صححناها صار عاملا لنفسه الخ) أقول قال الزيلعى فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا فى براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما فى قوله لامرأته طلقى نفسك انتهى فيه بحث لانه ان أراد أنه تمليك للدين فممنوع لظهور أنه ليس بتمليك الا أن يقال انه من قبيل المبالغة فى التشبيه وان أراد أنه تمليك للابراء كما فى طلقى نفسك فانه تمليك للطلاق فالتوكيل أيضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضا (قوله ونوقض بتوكيل المديون) أقول بتوكيل مضاف الى المفعول (قوله سلمناه لكن الابراء تمليك الخ) أقول يعنى لا نسلم كون الابراء من جنس الاسقاط بل هو من جنس سائر التمليك كما فى قوله طلقى نفسك الا أنه محل تامل (قوله واعترض بان عمل الوكيل الخ) أقول هذا الاعتراض معارضة (قوله بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل) أقول اذا كان المحل قابلا له وفيما نحن فيه كذلك لكونه كفيلا فتأمل (قوله فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون الخ) أقول قال الله تعالى ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها (قوله فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة الخ) أقول وفى خلاصة شرح القدورى واذا ضمن الوكيل بالبيع الثمن عن المبتاع فضمانه باطل لانه أمين فلا يصير ضامنا انتهى ففيما ذكره الشارح بحث

بالردفلا يردعلينانقضا الان كلامنا فى التوكيل لا فى التمليك كذا فى النهاية وأكثر الشروح أقول فى الجواب نظر أما فى المنع فلان ماذكر شيخ الاسلام كيف يصلح للمعارضة لما نص عليه محمد فى الجامع حتى يكون للمنع فيه مجال وأما فى التسليم فلان النقض ليس بنفس الابراء بل بالتوكيل بالابراء فما معنى قولهم ان كلامنا فى التوكيل لا فى التمليك على أن المنقوض ههنا ليس نفس المسئلة بل دليلها المذكور فانه جار بعينه فى صورة توكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين مع تخلف الحكم وهو عدم الصحة هنالك فلا فائدة فى دفع ذلك للفرق المذكور أصلا كما لا يخفى اللهم الا أن يقال مرادهم أن التوكيل بالابراء فى الصورة المذكورة تمليك حقيقة وان كان توكيلا صورة وكلامنا فى التوكيل الحقيقى لا فيما هو توكيل صورة تمليك حقيقة والدليل المذكور أيضا انما يجرى فى التوكيل الحقيقى لان كون الوكيل عاملا لغيره انما هو فى ذلك ويميل الى هذا التوجيه تقرير صاحب الكافى فى الجواب عن السؤال المذكور حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح نص عليه فى الجامع وان كان المديون فى ابراء نفسه ساعيا فى فكاك رقبته قلنا انما يصح ثمة لانه تمليك لا لانه توكيل كما فى قوله طلقى نفسك انتهى فتأمل قال صاحب الكفاية بعد نقل السؤال والجواب عن الكافى قلت لو كان تمليكا لاقتصر على المجلس ولا يقتصر اه أقول يمكن أن يعارض هذا بانه لو لم يكن تمليكا لما ارتد بالرد كما أشير اليه فى سائر الشروح حيث قيل ان الابراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد فتدبر ثم ان الامام الزيلعى ذكر السؤال المذكور وجوابه فى شرح الكنز على نهج ما ذكر فى الكافى بنوع تغيير عبارة فى السؤال والجواب حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا فى براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما فى قوله طلقى نفسك اه واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال بعد نقل ذلك عنه فيه بحث لانه ان أراد أنه تمليك للدين فممنوع لظهور أنه ليس بتمليك الا أن يقال انه من قبيل المبالغة فى التشبيه وان أراد أنه تمليك للابراء كما فى طلقى نفسك فانه تمليك للطلاق فالتوكيل أيضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضا اه أقول يجوز أن يختار كل واحد من شقى ترديده أما الاول فلسقوط منع ذلك باقامة الدليل عليه بانه لو لم يكن تمليكا للدين بل كان اسقاطا له لما ارتد بالرد فان الاسقاط يتلاشى لا يرتد بالرد على ما عرف وقد أشار اليه الشراح بقولهم الابراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد وأما الثانى فلسقوط نقض ذلك بالتوكيل فان التوكيل على ما مر فى صدر كتاب الوكالة اقامة الانسان غيره مقام نفسه فى تصرف معلوم فهو انابة محضة لا تمليك شئ أصلا فقوله فالتوكيل أيضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم فى الدرس السابق أيضا ساقط جدا اذ لم يعلم قط لا فى الدرس السابق ولا فى موضع آخر ان التوكيل تمليك شئ بل هم مصرحون بكونه مقابلا للتمليك فى مواضع شتى سيما فى باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق ثم قيل ينبغى أن تصح وكالة الكفيل فى مسئلتنا لانه عامل لرب الدين قصدا وعمله لنفسه كان واقعا فى ضمن عمله لغيره والضمنيات قد لا تعتبر وأجيب بانا لا نسلم ذلك بل العمل لنفسه أصل اذ الاصل أن يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره وقيل لما استويا فى جهة الاصالة ينبغى أن تبطل الكفالة بالوكالة لان الوكالة كانت طارئة على الكفالة فكانت ناسخة للكفالة كما اذا تأخرت الكفالة عن الوكالة فانها تكون ناسخة للوكالة فان الامام المحبوبى ذكر فى الجامع الصغير أن الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة وأجيب بان الكفالة تصلح ناسخة للوكالة ومبطلة لها لا على العكس لان الشئ جاز أن يكون منسوخا بما هو مثله أو فوقه لا بما هو دونه والوكالة دون الكفالة فى الرتبة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن

الاسلام رحمه الله فى تعليل هذه المسئلة ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف المذكور فى الجامع فكان للمنع فيه مجال كذا فى الفوائد الظهيرية وفى الكافى فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح نص عليه فى الجامع وان كان المديون بابراء نفسه ساعيا فى فكاك رقبته قلنا انما يصح ثمة لانه تمليك لا لانه توكيل كما فى قوله طلقى نفسك قلت لو كان تمليكا لاقتصر على المجلس ولا يقتصر

ولان

ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال (ومن ادعى أنه وكيل الغائب فى قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين اليه) لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله (فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا) لانه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة والقول فى ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء (ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا فى يده) لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله أن ينقض قبضه

الكفيل من عزل نفسه بخلاف الوكالة فلم يجز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز عكسه (ولان قبول قوله) أى قبول قول الوكيل (ملازم للوكالة) هذا دليل آخر على المسئلة تقريره أن الوكالة تستلزم قبول قول الوكيل (لكونه أمينا ولو صححناها) أى لو صححنا الوكالة ههنا (لا يقبل) أى لم يقبل قوله (لكونه مبرئا نفسه) عما لزمه بحكم كفالته فانتفى اللازم وهو قبول قوله (فينعدم) أى التوكيل الذى هو الملزوم (بانعدام لازمه) الذى هو قبول قوله لان انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم (وهو نظير عبد مديون) أى ما ذكر من مسئلتنا نظير مسئلة عبد مديون أو بطلان الوكالة فيما نحن فيه نظير بطلانها فى عبد مديون وفى بعض النسخ ونظيره عبد مديون (أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته) أى ضمن المولى قدر قيمة العبد سواء كان موسرا أو معسرا (للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب) أى فلو وكل المولى الطالب وهو رب الدين (بقبض المال عن العبد كان باطلا) أى كان التوكيل باطلا (لما بيناه) من أن الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمة العبد كان فى مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرئ به نفسه فكان التوكيل باطلا (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن ادعى أنه وكيل الغائب) أى وكيل فلان الغائب (فى قبض دينه فصدقه الغريم) أى المديون (أمر) أى الغريم (بتسليم الدين) وفى بعض النسخ بتسليم المال (اليه) أى الى مدعى الوكالة (لانه) أى لان تصديق الغريم اياه (اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله) أى لان ما يقضيه المديون خالص مال المديون اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها كما تقدم وتقرر فما أداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن أقر على نفسه بشئ أمر بتسليمه الى المقر له (فان حضر الغائب) أى رب الدين (فصدقه) أى صدق الوكيل فيها (والا) أى وان لم يصدقه (دفع اليه) أى الى رب الدين (الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء) أى استيفاء رب الدين حقه (حيث أنكر الوكالة والقول فى ذلك قوله) أى القول فى انكار الوكالة قول رب الدين (مع يمينه) لان الدين كان ثابتا والمديون يدعى أمرا عارضا وهو سقوط الدين باداته الى الوكيل ورب الدين ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء (فيفسد الاداء) أى يفسد الاداء الى مدعى الوكالة وأداء الدين واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا الى رب الدين (ويرجع به) أى ويرجع المديون بما دفعه أولا (على الوكيل) أى على مدعى الوكالة (ان كان باقيا فى يده) أى ان كان ما دفعه الى الوكيل باقيا فى يده (لان غرضه) أى غرض المديون (من الدفع) أى من الدفع الى الوكيل (براءة ذمته) من الدين (ولم تحصل) أى لم تحصل البراءة (فله أن ينقض قبضه) أى فللمديون أن ينقض قبض

(قوله وهو نظير عبد مأذون مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء) أى لزمه ضمان قيمته للغرماء

(قوله ولان قبول قوله) دليل آخر وتقريره أن الوكالة تستلزم قبول قوله لكونه أمينا ولو صححنا الوكالة ههنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبرئا نفسه وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم ونظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها فى عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن للغرماء قيمته ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب يقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا لما بينا أن الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمته كان فى مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرئ به نفسه فيكون التوكيل باطلا قال (ومن ادعى أنه وكيل الغائب فى قبض دينه الخ) ومن ادعى أنه وكيل فلان الغائب فى قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين اليه لانه أقر على نفسه لان ما يقضيه الغريم خالص حقه لان الديون تقضى بامثالها فما أداه المديون مثل مال رب المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن أقر على نفسه بشئ أمر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغائب فصدقه فيها والا دفع الغريم اليه ثانيا لانه اذا أنكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لان القول فى ذلك قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعى أمرا عارضا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فسد الاداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا فى يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل له فله ان ينقض وان ضاع فى يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف أن الوكيل محق فى القبض والمحق فى القبض لا رجوع عليه ولانه بتصديقه اعترف أنه مظلوم فى هذا الاخذ يعنى الاخذ

(قوله فما أداه المديون مثل مال رب المال لا عينه وقد تقدم) أقول أى فى هذا الباب (قوله لان القول فى ذلك قوله الخ) أقول قوله القول اسم أن وقوله قوله خبر أن

(وان كان) ضاع (في يده لم يرجع عليه) لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال (الا أن يكون ضمنه عند الدفع)

الوكيل (وان كان ضاع) أي ان كان مادفعه الى الوكيل ضاع (في يده لم يرجع) أي المديون (عليه) أي على الوكيل (لانه) أي المديون (بتصديقه) أي بتصديق الوكيل (اعترف أنه) أي الوكيل (محق في القبض) ولمحق في القبض لارجوع عليه (وهو) أي المديون (مظلوم في هذا الاخذ) أي في الاخذ الثاني وهذه الجملة أعني قوله وهو مظلوم في هذا الاخذ معطوف على مافي حيز أن في قوله اعترف أنه محق في القبض فالمعنى أن المديون بتصديق الوكيل اعترف أيضا انه زعم أنه مظلوم في هذا الاخذ الثاني (والمظلوم لا يظلم غيره) فلا يأخذ المديون من الوكيل بعد الاهلاك قال صاحب العناية فان قيل هذا الوجه يقتضي أن لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية أيضا فالجواب أن العين اذا كانت باقية أمكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم وأما اذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه انتهى أقول لقائل ان يقول ان المحق في القبض كما لا يرجع عليه ابتداء لا يتيسر نقض قبضه أيضا بلا رضاه فكيف يرجع بنقضه وان المظلوم كما لا يجوز له أن يظلم غيره ابتداء كذلك لا يجوز له أن يتوسل اليه بوسيلة كنقض القبض ههنا فلا يتم الجواب المذكور فالجواب الواضح أن الوكيل وان كان محقا في القبض على زعم المديون الا أن قبضه لم يكن لنفسه أصالة بل كان لاجل الايصال الى موكله بطريق النيابة فلم يكن ماقبضه ملك نفسه فاذا أخذ الدائن من المديون ثانيا ولو كان ظلما في زعم المديون لم يبق للوكيل حق ايصال ماقبضه الى الموكل لوصول حق الموكل الى نفسه من الغريم فان كان عين ماقبضه الوكيل باقيا في يده لم يكن رجوع المديون عليه ظلما له أصلا لان ماقبضه لم يكن ملك نفسه بل كان مقبوضا لاجل الايصال الى موكله واذا لم يبق له حق الايصال الى الموكل فللمديون نقض قبضه بعد ذلك لعدم حصول غرضه من الدفع اليه بخلاف ما اذا كان عين ماقبضه هالكا فان ماقبضه وان لم يكن ملك نفسه الا أن يده كانت يد أمانة على زعم المديون حيث صدقه في الوكالة وتضمين الامين ظلم لا يخفى ثم ان الامام الزيلعي قال في التبيين ويرد على هذا مالو كان لرجل ألف درهم مثلا وله ألف آخر دين على رجل فمات وترك ابنين فاقتسما الالف العين نصفين فادعى الذي عليه الدين أن الميت استوفى منه الالف حال حياته فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه أن المكذب ظالمه في الرجوع عليه فظلم هو المصدق بالرجوع بما أخذه المكذب وذكر في الامالي أنه لا يرجع لان الغريم زعم أنه برئ عن جميع الالف الا أن الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره وما أخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر أن المصدق أقر على أبيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى بامثالها فاذا كذبه الآخر وأخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة الا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذ ما أصابه بالارث حتى يستوفي لان الدين مقدم على الارث الى هنا كلامه فتأمل (قال) أي المصنف في البداية (الا أن يكون ضمنه عند الدفع) هذا استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا أن يكون ضمنه عند الدفع وهذا اللفظ مروي بالتشديد والتخفيف ففي التشديد كان الضمير المستكن في ضمنه مسند الى المديون والضمير البارز راجعا الى الوكيل وفي التخفيف على العكس فان معنى التشديد هو أن يجعل المديون الوكيل ضامنا عند دفع المال الى الوكيل بان يقول له اضمن لي مادفعته اليك عن الطالب حتى

ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بينا من أن الوكيل من يعمل لغيره والمولى عامل لنفسه لانه يبرئ نفسه فلا يصلح وكيلا (قوله الا أن يكون ضمنه عند الدفع) وصورة التضمين أن يقول الغريم للوكيل نعم أنت وكيل ولكن لا آمن أن يحضر الطالب ويجحد وكالتك ويأخذ مني ثانيا ويصير ذلك دينا لي عليه باتفاق بيني وبينك فهل أنت كفيل عنه بما يأخذ مني فقبل صح وصار كفيلا

الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فان قيل هذا الوجه يقتضي أن لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية أيضا فالجواب أن العين اذا كانت باقية أمكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم وأما اذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه (قوله الا أن يكون) استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده ولم يرجع عليه الا اذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية التشديد بان قال له اضمن لي مادفعت اليك عن الطالب حتى لو أخذ الطالب مني ماله أرجع عليك بما دفعته اليك أو ضمن الوكيل للمديون وقال أنا ضامن لك ان أخذ منك الطالب ثانيا أرد عليك ماقبضته منك على رواية التخفيف فانه يرجع على الوكيل حينئذ

(قوله والمظلوم لا يظلم غيره) أقول متمسكا بانه ظلم (قوله فان قيل هذا الوجه الخ) أقول أنت خبير بان الظلم في التضمين بعد الهلاك في يده لا في الاسترداد حال قيامه اذ لا ملك ولا حق للوكيل ولعل مآل ماذكره الشارح الى هذا

لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة أضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا أظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له

لو أخذ الطالب مني ماله آخذ منك مادفعته اليك ومعنى التخفيف هو أن يقول الوكيل للمديون أنا ضامن لك ان أخذ منك الطالب ثانيا فأنا أرد عليك ماقبضته منك وعلى كلا التقديرين يرجع المديون على الوكيل (لان المأخوذ) منه (ثانيا مضمون عليه) أي على رب الدين (في زعمهما) أي في زعم الوكيل والمديون لان رب الدين في حقهما غاصب فيما يقبضه ثانيا (وهذه) أي هذه الكفالة (كفالة أضيفت الى حالة القبض) أي الى حالة قبض رب الدين ثانيا (فتصح) أي فتصح هذه الكفالة لاضافتها الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين فصارت (بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان) أي بما يذوب أي يجب له عليه وهذا ماض أريد به المستقبل وقد مر تقريره في كتاب الكفالة فوجه المشابهة بين المسئلتين كون كل واحدة منهما كفالة أضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه (ولو كان الغريم لم يصدقه) أي لم يصدق الوكيل (على الوكالة) يعني ولم يكذبه أيضا بل كان ساكتا لان فرع التكذيب سيأتي عقيب هذا (ودفعه اليه) أي دفع المال الى الوكيل (على ادعائه) أي بناء على مجرد دعوى الوكيل (فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه) أي الغريم (لم يصدقه) أي الوكيل (على الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة) أي على رجاء أن يجيزه صاحب المال (فاذا انقطع رجاؤه) أي رجاء الغريم برجوع صاحب المال عليه (رجع عليه) أي رجع الغريم أيضا على الوكيل (وكذا اذا دفعه اليه) أي وكذا الحكم اذا دفع الغريم المال الى الوكيل (على تكذيبه) أي على تكذيب الغريم (اياه) أي الوكيل (في الوكالة) أي في دعوى الوكالة (وهذا) أي جواز رجوع المديون على الوكيل في صورة التكذيب (أظهر) أي أظهر من جواز رجوعه عليه في الصورتين الاوليين وهما صورة التصديق مع التضمين وصورة السكوت لانه لما رجع عليه في تينك الصورتين مع انه لم يكذبه فيهما فلان يرجع عليه في هذه الصورة وقد كذبه فيها أولى بالطريق لانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع به على الغاصب قطعا (لما قلنا) اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية كما لا يخفى (وفي الوجوه كلها) يعني الوجوه الاربعة المذكورة وهي دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب (ليس له) أي ليس

(قوله وهذه كفالة أضيفت الى حالة القبض) أي قبض رب الدين ثانيا ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه أي ولم يكذبه أيضا بل كان ساكتا لقوله بعد هذا وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة (قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه) لا يقال بان الدفع اذا كان على رجاء الاجازة كان المدفوع اليه فضوليا فيكون المدفوع أمانة في يده فلا يكون ضامنا لان المدفوع اليه لا يقبضه ليكون أمانة عنده من جهة المديون وانما يقبضه ليكون أمانة من جهة الطالب فلا يمكن اعتبار الامانة من جهة المديون ولانه دفع بزعمه وزعمه أن يستفيد المديون البراءة بما يدفعه اليه فيتقيد رضاه به وأما اذا دفعه مع أنه كذبه في الوكالة لان الوكيل قبض من المديون المال بشرط أن يستفيد المديون البراءة عما في ذمته فاذا لم يستفد هذا لم يكن المديون راضيا بقبضه بل هو في حقه كالغاصب فكان له أن يضمنه وهذا أظهر في ثبوت حق الرجوع (قوله لما قلنا) أي انما دفعه اليه على رجاء الاجازة (قوله وفي الوجوه كلها) وهي الوجوه الاربعة وهي دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تكذيب ولا تصديق ودفعه مع التكذيب

لك بما يقبضه منك فلان وهو ضمان صحيح لاضافته الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب عليه أي يذوب في كون كل واحد منهما كفالة أضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه (ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة) يعني ولم يكذبه أيضا لان فرع التكذيب سيأتي عقيب هذا (ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه مكذبا له في) دعوى (الوكالة وهذا) أي جواز الرجوع في صورة التكذيب (أظهر) منه في الصورتين الاوليين وهو التصديق مع التضمين والسكوت لانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية (وفي الوجوه كلها) أي الاربعة المذكورة دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب (ليس للغريم

أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا) وهو فى حالة التصديق (أو محتملا) وهو فى حالة التكذيب وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة أو محتملا ان كان فاسقا أو مستور الحال (فصار كما اذا دفعه الى فضولى على رجاء الاجازة) فانه (لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان

من باشر تصرفا لغرض ليس له أن ينقضه مالم يقع اليأس عن حصول غرضه) لان سعى

أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا أو محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولى على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه مالم يقع اليأس عن غرضه (ومن قال انى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه) لانه أقر له بمال الغير بخلاف الدين

للغريم (أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا) وهو فى حالة التصديق (أو محتملا) وهو فى حالة التكذيب كذا فى عامة الشروح أقول الحق فى بيان قوله أو محتملا أن يقال وهو فى حالة التكذيب وحالة السكوت ليتناول كلامه الوجوه المذكورة كلها وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة أو محتملا ان كان فاسقا أو مستور الحال (فصار) أى صار الحكم فى الوجوه كلها (كما اذا دفعه) أى كما اذا دفع الغريم المال (الى فضولى على رجاء الاجازة) من صاحب المال فان الدافع هنالك (لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة) فكذا ههنا (ولان من باشر التصرف لغرض) عطف على قوله لان المؤدى صار حقا للغائب (ليس له أن ينقضه مالم يقع اليأس عن غرضه) أى عن حصول غرضه لان سعى الانسان فى نقض ما تم من جهته مردود كما اذا كان الشفيع وكيل المشترى ليس له الشفعة لانه لو كان له الشفعة كان سعيا فى نقض ما تم من جهته وهو البيع ولم يذكر المصنف ان الغريم اذا أنكر الوكالة هل يحلف أولا قال الخصاف لا يحلف على قول أبى حنيفة ويحلف على قولهما لانه ادعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير وله ان الاستحلاف ينبنى على دعوى صحيحة ومالم تثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكر ما اذا أقر بالوكالة وأنكر الدين والحكم فيه على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد تثبت الوكالة فى حقه باقراره كذا فى العناية أخذا من النهاية وذكر فى الكافى انه ان دفع الغريم المال الى الوكيل ثم أقام البينة على انه ليس بوكيل أو أقام البينة على اقراره ان الطالب ما وكله لا تقبل ولو أراد أن يستحلفه على ذلك لا يحلف عليه لان كل ذلك ينبنى على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا فى نقض ما أوجبه للغائب فان أقام الغريم البينة على ان الطالب جحد الوكالة وقبض المال منى تقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب فى اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض قبض الوكيل ضرورة وجاز أن يثبت الشئ ضمنا وضرورة ولا يثبت مقصودا اه (ومن قال انى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه) هذا لفظ القدورى فى مختصره علله المصنف بقوله (لانه) أى المودع بفتح الدال (أقر له) أى للوكيل (بمال الغير) وهو المودع بكسر الدال فانه أقر ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح (بخلاف الدين)

(قوله لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا) فى حالة التصادق أو محتملا فى حالة التكاذب واذا كان الوكيل ظاهر العدالة كان صادقا فى قوله ظاهرا وان كان فاسقا أو مستور الحال كان قوله محتملا للصدق (قوله فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه) ولو سلم مع هذا ثم أراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين رحمه الله فى شرح الجامع انه لا يملك الاسترداد لانه ساع فى نقض ما أوجبه وقال أيضا واذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت فى يده هل يضمن قيل لا يضمن وكان ينبغى أن يضمن لان المنع من وكيل المودع فى زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله (قوله لانه اقرار بمال الغير

الانسان فى نقض ما تم من جهته مردود وقد تقدم ولم يذكر المصنف رحمه الله أن الغريم اذا أنكر الوكالة هل يستحلف أولا قال الخصاف رحمه الله لا يحلف على قول أبى حنيفة رحمه الله ويحلف على قولهما لانه ادعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير وله أن الاستحلاف ينبنى على دعوى صحيحة ومالم تثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكر ما اذا أقر بالوكالة وأنكر الدين والحكم على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على أن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد تثبت الوكالة فى حقه باقراره (ومن قال انى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار بمال الغير) بحق القبض فانه أقر ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح (بخلاف الدين) على ما مر أن الديون تقضى بامثالها فكان اقراره اقرارا على نفسه بحق المطالبة فان دفعها اليه فحضر الغائب

وأنكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل للمودع الرجوع أولا فهو على الوجوه المذكورة ان دفعها اليه مصدقا لا يرجع وان صدقه وضمنه أو سكت أو كذبه فدفعها اليه يرجع ولو

(قوله اما ظاهرا وهو فى حالة التصديق أو محتملا وهو فى حالة التكذيب) أقول وفى حالة السكوت (قوله فان دفعها اليه فحضر الغائب) أقول

ولو ادعى انه مات أبوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته

حيث يؤمر المديون بالتسليم الى الوكيل الذى صدقه فى وكالته على ما مر فان الديون تقضى بامثالها فكان اقرار المديون اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض كذا ذكره الامام قاضيخان ثم ان الوجوه الاربعة المذكورة فى الوكيل بقبض الدين واردة فى الوكيل بقبض الوديعة أيضا فانه قال فى المبسوط واذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة ما وكلتك وحلف على ذلك وضمن ماله المستودع رجع المستودع بالمال على القابض ان كان عنده بعينه لانه ملكه باداء الضمان وان قال هلك منى أو دفعته الى الموكل فهو على التفصيل الذى قلنا ان صدقه المستودع فى الوكالة لم يرجع عليه بشئ وان كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه كان له أن يضمنه لما قلنا اه وذكر فى الفوائد الظهيرية فى فصل الوديعة اذا لم يؤمر بالتسليم ومع هذا سلم ثم أراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين فى شرح الجامع الصغير انه لا يملك الاسترداد لانه ساع فى نقض ما أوجبه وقال أيضا واذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت فى يده هل يضمن قيل لا يضمن وكان ينبغى أن يضمن لان المنع من وكيل المودع فى زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله اه (ولو ادعى) أى ولو ادعى أحد وفى بعض النسخ فلو ادعى ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدورى (انه) الضمير للشأن (مات أبوه) أى أبو المدعى (وترك الوديعة ميراثا له) أى للمدعى (ولا وارث له) أى للميت (غيره) أى غير المدعى (وصدقه المودع أمر بالدفع اليه) أى أمر المودع بدفع الوديعة الى ذلك المدعى أقول من العجائب ههنا ان الشارح العينى قال فى تفسير هذه المسئلة أى فلو ادعى من قال انى وكيل أنه أى ان فلانا مات أبوه الخ ولا يخفى على من له أدنى مسكة ان هذه المسئلة مسئلة الوراثة ذكرت تفريعا على مسئلة الوكالة لبيان الاختلاف بينهما فى الحكم وانه لا مجال لان يكون الضمير المستكن فى ولو ادعى أو فلو ادعى راجعا الى من قال انى وكيل لان المودع لا يؤمر بالتسليم الى مدعى الوكالة أصلا قال المصنف فى تعليل هاتيك المسئلة (لانه) أى لان مال الوديعة (لا يبقى ماله) أى لا يبقى مال المودع (بعد موته) أى بعد موت المودع قال صاحب النهاية ماله بالنصب وقال هكذا كان معربا باعراب شيخى أى لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته أى منسوبا اليه ومملوكا له فكان انتصابه على تأويل الحال كما فى كلمته فاه الى فى أى مشافها اه وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ما فى النهاية بعينه ويجوز الرفع وقال صاحب غاية البيان قوله لا يبقى ماله بالنصب على انه حال كما فى قوله كلمته فاه الى فى يعنى لا يبقى مال الوديعة مال أبيه بعد موت أبيه اه وقال صاحب العناية وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما فى كلمته فاه الى فى أى مشافها ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين وأرى انه ضعيف لان الحال مقيد للعامل فكلمته يجوز أن يكون مقيدا بالمشافهة أى كلمته فى حال المشافهة وأما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر والظاهر فى اعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبقى أى لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث اه كلامه أقول فيه نظر أما أولا فلانه قد تقرر فى علم البلاغة انه يجوز فى أمثال هذا التركيب أن يعتبر القيد أولا فيؤول المعنى الى نفى القيد وان يعتبر النفى أولا فيؤول المعنى

لان الوديعة مال الغير بخلاف الدين لان ما يقضيه المديون خالص ماله لان الديون تقضى بامثالها فكان ما أداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه فكان تصديقه اقرارا على نفسه باداء المال ومن أقر على نفسه بالمال يجبر على الاداء وذكر فى الذخيرة وفى المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا أن التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض

ان لم تكن العين فى يده باقية وان كانت باقية أخذها لانه ملكها بالضمان وأما الاسترداد قبل حضور الغائب فغير جائز لما مر (ولو ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع اليه لانه لا يبقى) أى لان مال الوديعة لا يبقى (مال المودع بعد موته) وروى صاحب النهاية عن خط شيخه رحمهما الله نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما فى كلمته فاه الى فى أى مشافها ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين وأرى أنه ضعيف لان الحال مقيد للعامل فكلمته يجوز أن يكون مقيدا بالمشافهة أى كلمته فى حال المشافهة

ان دفع الوديعة الخ (قوله ان لم تكن العين الخ) أقول قوله ان لم تكن ناظر الى قوله لا يرجع والى قوله يرجع معا (قوله وأما الاسترداد الى قوله لما مر) أقول فيه بحث مذكور وجهه فى شرح الكنز للزيلعى فى فصل القضاء بالمواريث فراجعه

فقد اتفقا على أنه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من أهله فلا يصدقان فى دعوى البيع عليه قال

الى تقييد النفى و يتعين كل واحد من الاعتبار بن بقر ينة تشهد له فان أراد بقوله وأما قوله لا يبقى مال المودع حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر أنه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الاول فممنوع اذ لا يخفى ان نفى بقاء مملوكية مال الوديعة للمودع وانتسابه اليه بعد موته معنى ظاهر مقبول وان أراد بذلك انه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الثانى فمسلم لكن المراد ههنا هو الاعتبار الاول كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه على تقدير رفع ماله على انه فاعل لا يبقى يصير المعنى لا يبقى عين ماله بعد موته وليس هذا بمعنى صحيح اذ المال باق بعينه بعد موته وانما المنتفى بعد موته مملوكيته وانتسابه اليه وذلك من أوصاف المال وأحواله يفهم من النصب على الحالية ولا يفهم من الرفع على الفاعلية اللهم الا أن يدعى انه يؤخذ من اضافة المال الى الضمير الراجع الى المودع لكنه بعيد جدا فالظاهر فى افادة المعنى المقصود هو النصب كما لا يخفى ثم ان الشارح العينى قد زاد فى الطنبور نغمة حيث قال بعد نقل ما فى النهاية وما فى العناية والصواب هو الرفع على ما قاله الاكمل وقد فاته شئ آخر وهو ان من شرط الحال أن تكون من المشتقات والمال ليس منها الا أنه يجوز بالتأويل ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه فى أنه نصب على الحال انه حال على تأويل متمولا أى لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان أوجه اهـ أقول ليس ما زاده بشئ أما قوله ان من شرط الحال أن تكون من المشتقات فممنوع الا يرى الى قول ابن الحاجب وكل ما دل على هيئة صح أن يقع حالا مثل هذا بسرا أطيب منه رطبا ولئن سلم ذلك بناء على قول جمهور النحاة بجواز كون غير المشتق حالا بالتأويل بالمشتق مما لم ينكره أحد من النحاة وقد اعترف به نفسه أيضا حيث قال الا أنه يجوز بالتاويل وقد بين صاحب النهاية التاويل ههنا حيث قال منسوبا اليه مملوكا له فبعد ذلك كان القدح فيه باشتراط كون الحال من المشتقات لغوا من الكلام وأما قوله ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه فى أنه نصب على الحال أنه حال على تاويل متمولا أى لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان أوجه فمما لا ينبغى أن يتفوه به العاقل لان المتمول انما هو المالك لا المال قطعا فكيف يتصور تاويل المال بما لا يصح حمله عليه وجعله صفة له بل على تقدير ارجاع ضمير لا يبقى الى الميت لا يبقى له ارتباط بالمقام كما لا يخفى على ذوى الافهام (فقد اتفقا) أى مدعى الوراثة والمودع وقال العينى أى الذى ادعى الوكالة والمودع أقول هذا بناء على ضلاله السابق وقد عرفت حاله (على أنه) متعلق باتفقا أى فقد اتفقا على أن مال الوديعة (مال الوارث) فلا بد من الدفع اليه قال صاحب التسهيل أقول فيه اقرار على الغير بالموت فينبغى أن لا يؤمر بالدفع حتى يثبت موته عند القاضى انتهى فتامل (ولو ادعى) أى ولو ادعى أحد (أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر) أى لم يؤمر المودع (بالدفع اليه) أى الى مدعى الشراء وهذه المسئلة أيضا ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدورى ولهذا لم يذكرها فى البداية وقال فى تعليلها (لانه) أى لان صاحب الوديعة (ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير) أى كان اقرار المودع لمدعى الشراء اقرارا بملك الغير وهو صاحب الوديعة (لانه) أى الحى (من أهله) أى من أهل الملك (فلا يصدقان) أى مدعى الشراء والمودع المصدق اياه (فى دعوى البيع عليه) أى على صاحب الوديعة قال صاحب العناية ولقائل أن يقول قد تقدم هاتان المسئلتان فى فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن أن يجاب عنه بانه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى ولهذا صدرهما ههنا بقوله ولو ادعى وهنالك بقوله ومن أقر ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما فى باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة الى ههنا كلامه أقول تضعيفه ساقط لان ذكر المسئلة المتقدمة على ما وهى مسئلة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة اقتضى ذكرهما عقيبها لان ذكرها لما أوقع فى ذهن السامع ان الحكم فيهما أيضا كالحكم فيها أم لا ذكرهما المصنف عقيبها فى بابها على سبيل التفريع عليها ازالة للاشتباه ببيان

الى موكله بان يقول ان فلانا وكلنى بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول فى الاستقراض من الاضافة

وأما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر والظاهر فى اعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبقى أى لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث (فقد اتفقا على أنه مال الوارث) فلا بد من الدفع اليه (ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان المودع ما دام حيا كان اقرار المودع) اقرارا (بملك الغير لكونه من أهل الملك فلا يصدقان فى دعوى البيع عليه) ولقائل أن يقول قد تقدم هاتان المسئلتان فى فصل القضاء

(قوله وأما قوله لا يبقى الى قوله والظاهر فى اعرابه الرفع) أقول فيه بحث فان استقامة المعنى مما لا يمكن انكاره والنفى متوجه الى القيد على ما هو الاصل بل من رفع لا يستغنى عن ملاحظة ذلك المعنى أيضا لظهور أن المال عينه باق وغير الباقى منسوبيته اليه وتلك من أحوال ذلك المال (قوله أى لان المودع الخ) أقول أولا ان الشان

(فان

بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن أن يجاب عنه بانه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى ولهذا صدرهما ههنا بقوله ولو ادعى وهنالك بقوله ومن أقر ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما فى باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة قال (فان وكل وكيلا يقبض دينه) ذكر فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بذلك

(فان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه) لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال (ويتبع رب المال فيستحلفه) رعاية لجانبه

الفرق بينهما او بين احداهما و بيان الاشتراك فى الحكم مع الاخرى فكان ايرادهما فى هذا الباب قريب المناسبة (قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (فان وكل وكيلا بقبض ماله) أى ان وكل رجل وكيلا بقبض مال له على غريمه (فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه) أى فان الغريم (يدفع المال اليه) أى يؤمر بدفع المال الى الوكيل قال المصنف فى تعليله (لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه) أى بمجرد دعوى الغريم بلا حجة (فلا يؤخر الحق) أى حق القبض الى تحليف رب الدين قال صاحب النهاية فان قيل لا نسلم ان الوكالة قد تثبت فبأى دليل يعلم ثبوت الوكالة ولو قيل بسبب ادعاء المديون ان صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لان الدين اذا كان مستوفى من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلا لا محالة فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى قلنا لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا باصل الحق ألا يرى أن قول المدعى عليه قد قضيتكها اقرار بالدين عند دعوى المدعى ذلك فلما ثبت الدين باقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالايفاء كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالايفاء فكذا عند دعوى وكيله لان الوكيل قائم مقام الموكل اهـ أقول جوابه منظور فيه اذ لا كلام فى ان ادعاء الغريم استيفاء رب الدين دينه يتضمن الاعتراف باصل الحق وانما الكلام فى أن الوكالة باى دليل ثبتت ومجرد عدم انكار الوكالة لا يقتضى الاعتراف بثبوتها ألا يرى أنه لو سكت أو تكلم بكلام لا يناسب الحال لا يعد مقرا الوكالة فكيف اذا تكلم بما يشعر بانكار الوكالة وقد أشار اليه السائل بقوله بل هو دليل على عدم صحة الوكالة الى قوله فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى فكان الغريم قال أنت لا تصلح للوكالة أصلا بعد استيفاء صاحب المال حقه فضلا عن أن تقع وكيلا عنه تدبر وقصد صاحب العناية دفع السؤال المزبور بوجه آخر حيث قال فى بيان المسئلة ذكر فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بذلك المال وأقام الوكيل البينة عليه وقال الذى عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه ثم قال فى شرح قول المصنف لان الوكالة قد ثبتت يعنى بالبينة لان وضع المسئلة كذلك اهـ أقول لقائل أن يقول لو كان مدار قول المصنف لان الوكالة قد ثبتت بل مدار نفس جواب هذه المسئلة على اعتبار قيد اقامة الوكيل البينة على الوكالة فى وضع هذه المسئلة لما وسع للمصنف فى بدايته وهدايته ولعامة المشايخ فى تصانيفهم المعتبرة ترك ذلك القيد المهم عند تحرير هذه المسئلة ولا ينبغى أن يدعى كون تركهم اياه بناء على ظهور اعتباره كيف وقد ذهب اعتبار ذلك على كثير من الثقات كصاحب النهاية وصاحب التبيين وغيرهما حتى ذهبوا الى توجيه آخر فى دفع السؤال المذكور فلو كان اعتباره من الظهور بحيث يستغنى عن ذكره فى عامة الكتب لما خفى على مثل هؤلاء الاجلاء (قال ويتبع) أى يتبع الغريم (رب المال فيستحلفه) أى فيستحلف الغريم رب المال على عدم الاستيفاء (رعاية لجانبه) أى جانب الغريم فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع الغريم القابض فيسترد

الى المرسل أن يقول أرسلنى فلان يقول لك أقرضنى كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه

المال وأقام الوكيل البينة عليه وقال الذى عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه قال المصنف (لان الوكالة قد ثبتت) يعنى بالبينة لان وضع المسئلة كذلك (والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق) الى تحليف رب الدين (ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية لجانبه) فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع القابض

(قوله فكان ذكرهما تكرارا) أقول والاولى أن يقال ذكرهما استطرادى تفريعا على مسئلة القدورى ولهذا لم يذكرهما فى البداية فليتامل (قوله ومن أقر) أقول أى بعناه (قوله لان الوكالة قد ثبتت يعنى بالبينة الخ) أقول مقصوده دفع الاعتراض المذكور فى النهاية ونص عبارته فان قيل لا نسلم أن الوكالة قد ثبتت فباى دليل يعلم ثبوت الوكالة ولو قيل بسبب ادعاء المديون ان صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لان الدين اذا كان مستوفى من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلا لا محالة فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى قلنا لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا باصل الحق ألا يرى أن قول المدعى عليه قد قضيتكها اقرار بالدين عند دعوى المدعى ذلك فلما ثبت الدين باقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالايفاء كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالايفاء فكذا عند دعوى وكيله لان الوكيل قائم مقام الموكل انتهى وكذا قرر الزيلعى تبعا لصاحب النهاية لكن

فيسترد ماقبض (ولا يستحلف الوكيل لانه نائب) والنيابة لاتجرى فى الايمان وقال زفر رحمه الله أحلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو أقر بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف عليه والجواب أن الغريم يدعى حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهى لاتجرى فى الايمان بخلاف الوارث يحلف أن لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة قال (وان وكله بعيب فى جارية الخ) اذا وكل

بردجارية بعيب فادعى البائع رضا المشترى بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشترى بخلاف

ولا يستحلف الوكيل لانه نائب قال (وان وكله بعيب فى جارية فادعى البائع رضا المشترى لم يرد عليه حتى يحلف المشترى) بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ماقبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند أبى حنيفة رحمه الله كما هو مذهبه ولا يستحلف المشترى عنده بعد ذلك لانه لا يفيد

ماقبضه (ولا يستحلف الوكيل لانه نائب) والنيابة لاتجرى فى الايمان وقال زفر رحمه الله أحلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو أقر بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف عليه والجواب أن الغريم يدعى حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهى لاتجرى فى الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على أنه لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة كذا فى الشروح أخذا من الايضاح (قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (وان وكله بعيب فى جارية) أى ان وكله برد جارية بسبب عيب (فادعى البائع رضا المشترى) أى رضاه بالعيب (لم يرد عليه) أى لم يرد الوكيل على البائع (حتى يحلف المشترى) يعنى لا يقضى القاضى بالرد عليه حتى يحضر المشترى و يحلف على أنه لم يرض بالعيب (بخلاف مامر من مسئلة الدين) حيث يؤمر الغريم بدفع الدين الى الوكيل قبل تحليف رب الدين قال جماعة من الشراح حيث يؤمر بدفع الدين الى الوكيل بدون تحليف الوكيل أقول ليس هذا بمعنى المقام قطعا اذ لا مدخل لعدم تحليف الوكيل فى الفرق بين المسئلتين فان الوكيل لا يحلف فى شئ منها أصلا ثم اعلم أنه ذكر فى المبسوط الفرق بين مسئلة الدين ومسئلة العيب من وجهين أحدهما أن فى الدين حق الطالب ثابت بيقين اذ ليس فى دعوى الاستيفاء والابراء ماينافى ثبوت أصل حقه لكنه يدعى الاستيفاء بعد تقرر السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء مالم يثبت المسقط وأما فى العيب فان علم المشترى بالعيب وقت العقد يمنع ثبوت حقه فى الرد أصلا فالبائع لا يدعى مسقطا بل يزعم أن حقه فى الرد لم يثبت أصلا فلا بد من أن يحضر الموكل و يحلف ليتمكن من الرد عليه والثانى أن الرد بالعيب بقضاء القاضى فسخ للعقد والعقد اذا انفسخ لا يعود فلو أثبتناه حق الرد تضرر به الخصم فى انفساخ عقده عليه وأما قضاء الدين فليس فيه فسخ عقده فاذا حضر الموكل فابى أن يحلف يتوصل المطلوب الى قضاء حقه فلهذا أمر بقضاء الدين وهذا الوجه الثانى من الفرق هو الذى أراده المصنف بقوله (لان التدارك ممكن هنالك) أى فى مسئلة الدين (باسترداد ماقبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله) أى نكول الموكل عن اليمين اذ القضاء لم ينفذ باطنا لانه ماقضى الا بمجرد التسليم فكان كالقضاء بالاملاك المرسلة كذا فى الكافى والكفاية (وههنا) أى فى مسئلة الرد بالعيب وفى بعض النسخ وفى الثانية أى وفى المسئلة الثانية وهى مسئلة الرد بالعيب (غير ممكن) أى التدارك غير ممكن (لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند أبى حنيفة كما هو مذهبه) لان القضاء فى العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا و باطنا عنده كما مر فى كتاب القضاء وفى كتاب النكاح أيضا (ولا يستحلف المشترى عنده بعد ذلك) أى بعد أن مضى القضاء بالفسخ على الصحة (لانه) أى لان الاستحلاف (لا يفيد) فانه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق فى الاستحلاف

فيقول أقرضنى والرسالة بالاستقراض جائزة (قوله ولا يستحلف الوكيل لانه نائب) وفى الايضاح ولو أراد

مامر من مسئلة الدين لان التدارك فيها ممكن باسترداد ماقبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكول الموكل وأما ههنا فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضاء والقضاء بالفسخ ماض على الصحة عند أبى حنيفة لان القضاء فى العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا و باطنا وان ظهر الخطا بالنكول وعلى هذا لا يحلف المشترى عنده بعد ذلك لانه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق فى الاستحلاف فائدة واعترض بان الوكيل اذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشترى وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لاسبيل لك عليها لان القاضى نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشترى وأجيب بان الرد مذهب محمد فاما على قول أبى حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية سلمنا أن هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجبه دليل وانما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما فى الآخرة على وجود الرضا من المشترى وفى مثله لا ينفذ القضاء واما باطنا كما لو قضى باجتهاده فى حادثة وثمة نص بخلافه وقالوا هذا أصح

الحق مافى شرح الاتقانى والاكمل نقلا عن الجامع الصغير أن المراد تثبت بالبينة ثم لا يخفى عليك أن جواب صاحب النهاية لا يخلو عن بحث قال المصنف (ولا يستحلف الوكيل لانه نائب) أقول ذكر فى الشروح أن الوكيل لا يستحلف على العلم (قوله لان الوكيل لو أقر بذلك) أقول يعنى لو أقر بالاستيفاء (قوله واعترض بان الوكيل اذا ردها الخ) أقول بقضاء القاضى على خلاف قول أبى حنيفة (قوله وقالوا هذا أصح) أقول أما

وأما عندهما قالوا يجب أن يتحد الجواب على هذا فى الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما البطلان القضاء وقيل الاصح عند أبى يوسف رحمه الله أن يؤخر فى الفصلين لانه يعتبر النظر

فائدة قطعا قال صاحب معراج الدراية فى تفسير قول المصنف بعد ذلك أى بعد نكول الموكل وتبعه الشارح العينى أقول هذا تفسير فاسد اذ يصير معنى المقام حينئذ ولا يستحلف المشترى عنده بعد نكول المشترى وهذا من قبيل اللغو من الكلام كما لا يخفى على الفطن وفى الذخيرة وان لم يكن للبائع بينة على رضا الآمر بالعيب و رد الوكيل الجارية على البائع بالعيب ثم حضر الآمر وادعى الرضا وأراد أخذ الجارية فابى البائع أن يدفعها وقال نقض القاضى البيع فلا سبيل لك فان القاضى لا يلتفت الى قول البائع و يرد الجارية على الآمر لان الآمر مع البائع تصادقا على ان الجارية ملك الآمر لان البائع ادعى رضا الآمر بالعيب ولزوم الجارية اياه وصدقه الآمر فى ذلك فاستند التصديق الى وقت الاقرار و يثبت بهذا التصادق أن القاضى أخطأ فى قضائه بالرد وان قضاءه بالرد نفذ ظاهرا لا باطنا فبقيت الجارية على حكم ملك الآمر فى الباطن فكان للآمر أن يأخذها بعض مشايخنا قالوا هذا على قول محمد وأما على قول أبى حنيفة لا سبيل للآمر على الجارية و بعضهم قالوا هذا قول الكل وهو الاصح و وجهه أن نقض القاضى ههنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض وانما كان لجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه وفى مثل هذا لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى فى حادثة باجتهاده وثمة نص بخلافه انتهى وهكذا ذكر فى المبسوط وشروح الجامع الصغير أيضا ونقل فى النهاية ومعراج الدراية عن تلك الكتب ثم ان صاحب العناية ذكر ذلك ههنا على وجه الاعتراض والجواب حيث قال واعترض بان الوكيل اذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشترى وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لا سبيل لك عليها لان القاضى نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشترى وأجيب بان الرد مذهب محمد فاما على قول أبى حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية سلمنا أن هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجبه دليل وانما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما فى الآخرة على وجود الرضا من المشترى وفى مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاده فى حادثة وثمة نص بخلافه وقالوا هذا أصح انتهى كلامه أقول فيه بحث لان ماذكره فى الجواب بعد التسليم لا يدفع الاعتراض بل يقويه لانه اذا جاء نقض القضاء ههنا عند أبى حنيفة أيضا باى سبب كان تعين أن القضاء بالفسخ ههنا لم يكن ماضيا على الصحة عنده أيضا فلا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسئلتين فتأمل (وأما عندهما) أى عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (قالوا) أى المشايخ (يجب أن يتحد الجواب على هذا) أى على الاصل المذكور (فى الفصلين) أى فى فصل الدين وفى فصل الرد بالعيب (ولا يؤخر) أى لا يؤخر القضاء بالرد الى تحليف المشترى كما لا يؤخر القضاء بدفع الدين الى تحليف رب الدين (لان التدارك ممكن) أى فى الفصلين معا (عندهما لبطلان القضاء) يعنى أن عدم التأخير الى تحليف رب الدين فى فصل الدين انما كان لان التدارك ممكن عند ظهور الخطا فى القضاء باسترداد ماقبضه الوكيل وهذا المعنى موجود فى فصل الرد بالعيب أيضا لان قضاء القاضى فى مثل ذلك عندهما انما ينفذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشترى ردت الجارية عليه فلا يؤخر الى التحليف (وقيل الاصح عند أبى يوسف أن يؤخر) أى القضاء (فى الفصلين لانه) أى لان أبا يوسف (يعتبر النظر) أى النظر

المطلوب أن يحلف الوكيل ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لم يحلفه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال زفر رحمه الله أحلفه على العلم فان أبى أن يحلف خرج عن الوكالة وكان الطالب على حجته لان الوكيل لو أقر بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان فانه يدعى حقا على الموكل لا على الوكيل فلو حلفنا الوكيل حلفناه بطريق النيابة والنيابة لاتجرى فى اليمين (قوله لان التدارك ممكن هنالك) أى فى مسئلة الدين باسترداد ماقبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكوله اذ القضاء لم

فاما عندهما فقد قالوا يجب أن يتحد الجواب على هذا أى على هذا الاصل المذكور فى الفصلين فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية ولا يؤخر الى تحليف المشترى لان عدم التاخير الى تحليف رب الدين انما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطا وذلك موجود فى صورة الجارية لان قضاء القاضى فى مثل ذلك نافذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطا القضاء عند نكول المشترى ردت الجارية على المشترى فلا يؤخر الى التحليف وقيل الاصح عند أبى يوسف أن يؤخر فى الفصلين لانه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشترى ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر ان كان له غائبا

كونه قول الكل أصح (قوله فى الفصلين الخ) أقول قوله فى الفصلين متعلق بقوله يتحد فى قوله يجب أن يتحد الجواب الخ

قال (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها الخ) ومن دفع الى آخر عشرة دراهم ينفقها على أهله فانفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة الذى أنفقه من ماله بمقابلة العشرة الذى أخذه من الموكل لايكون متبرعا فيما أنفق قيل هذا استحسان ووجهه أن الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ماذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن وقد قررناه يعنى فى باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذادفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا أى مانحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل بشراء مايحتاج اليه الاهل قد يضطر الى شراء شئ يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه فى تلك الحالة فيحتاج الى أن يؤدى ثمنه من مال نفسه فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال وفى القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا فيما أنفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين فى الوكالات حتى لوهلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره فيكون متبرعا

(قوله فالعشرة الذى أنفقه الخ) أقول والاولى أن يقال فالعشرة التى أخذها من الموكل بمقابلة العشرة التى أنفقها من ماله كما يظهر بالتامل قال الاتقانى أى تكون العشرة التى حبسها عنده بالعشرة التى أنفقها من خالص ماله انتهى وهذا أولى أيضا مما ذكره الاكمل فتامل ليظهر لك وجه الاولوية (قوله فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال) أقول يعنى التجويز دلالة (قوله وفى القياس ليس له ذلك الخ) أقول هذا القياس يجرى ظاهرا فى التوكيل بالشراء

حتى يستحلف المشترى لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر قال (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ماذكرناه وقد قررناه

للبائع كذا فى الشروح أقول الاولى أن يقال أى النظر للخصم ليكون أنسب بالتعميم للفصلين كما سينكشف لك (حتى يستحلف) أى أبو يوسف (المشترى لو كان حاضرا من غير دعوى البائع) يعنى أن من مذهب أبى يوسف أن القاضى لا يرد المبيع على البائع اذا كان المشترى حاضرا وأراد الرد مالم يستحلف بالله مارضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع فاذا كان المشترى أو رب الدين غائبا فاولى أن لا يرد عليهم لم يستحلف صيانة لقضائه عن البطلان ونظرا للبائع والمديون (فينتظر النظر) أى فينتظر فى الفصلين نظرا للبائع والمديون قال فى النهاية فينتظر للنظر أى للبائع فعلى هذا ينبغى أن ينتظر فى الدين نظرا للغريم انتهى وقال فى غاية البيان فعلى هذا ينتظر عنده فى الدين أيضا نظرا للغريم وهذا معنى قوله فينتظر للنظر انتهى وقال فى العناية لانه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشترى ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له ان كان غائبا انتهى أقول لا يخفى مافى كل واحد منها من تخصيص معنى نفس الكلام بصورة من الفصلين من غير ضرورة داعية اليه فالوجه ما قررناه فتبصر (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله) أى لينفقها عليهم (فانفق عليهم عشرة من عنده) أى من مال نفسه (فالعشرة بالعشرة) أى فالعشرة التى أنفقها الوكيل من مال نفسه بمقابلة العشرة التى أخذها من الموكل يعنى لا يكون الوكيل متبرعا فيما أنفق بل ما أخذه من الموكل يصير ملكا له قال الامام التمرتاشى هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد اليها أو كان مطلقا لكن ينوى تلك العشرة أما اذا كانت عشرة الدافع مستهلكة أو كان يشترى النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد اليها يصير مشتريا لنفسه ويكون متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين فى الوكالة وكذا لو أضاف العقد الى غيرها كذا ذكر فى النهاية ومعراج الدراية وقال فى الكفاية بعد ذلك وقيل لا تتعين عند العامة لكن تتعلق الوكالة ببقائها بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين اتفاقا فيهما قال المصنف فى تعليل مافى الكتاب (لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه) أى فى الوكيل بالشراء (ماذكرناه) من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن (وقد قررناه) يعنى فى باب الوكالة بالبيع

ينفذ باطنا لانه ماقضى الا بمجرد التسليم فكان كالقضاء بالاملاك المرسلة وهنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة لان قضاء القاضى فى العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة رحمه الله ومتى نفذ القضاء بالفسخ ظاهرا وباطنا لا يكون للبائع أن يستحلف المشترى اذا حضر على الرضا لانه لا فائدة ان نكل فظهر انه كان راضيا بالعيب وان حق الفسخ لم يكن ثابتا للمشترى وان القاضى أخطأ فى قضائه بالفسخ ولكن عند ظهور الخطأ فى القضاء بالفسخ لا يبطل قضاؤه بالفسخ (قوله قالوا يجب أن يتحد الجواب) عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى الفصلين ولا يؤخر القضاء بالرد لان التدارك ممكن عندهما فى هذا كما فى مسئلة الدين لان القضاء بالرد لا ينفذ فى الباطن عندهما كالقضاء بالتسليم وقيل الاصح عند أبى يوسف رحمه الله أن يؤخر فى الفصلين أى فى فصل الرد بالعيب وفصل الدين لان من مذهبه أن القاضى لا يرد المبيع على البائع اذا كان المشترى حاضرا وأراد الرد مالم يستحلفه بالله مارضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع فاذا كان المشترى غائبا لا يرد عليه أيضا حتى يستحلف صيانة للقضاء عن البطلان ونظرا للبائع والمديون فصار عنه روايتان فى رواية مثل قول محمد وفى رواية يؤخر فيهما (قوله فالعشرة بالعشرة) أى العشرة التى أنفقها

فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفى القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان فى قضاء الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله أعلم بالصواب

والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية (فهذا) أى مانحن فيه من التوكيل بالانفاق (كذلك) لان الوكيل بالانفاق على الاهل قد يضطر الى شراء شئ يصلح لنفقتهم ولا يكون مال الموكل معه فى تلك الحالة فيحتاج الى أن يؤدى ثمنه من مال نفسه فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال واعلم أن محمدا لم يذكر فى الاصل مسئلة الانفاق بل ذكر فيه مسئلة قضاء الدين فقال واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء عنى فدفع الوكيل غيرها واحتبس الالف عنده كان القياس أن يدفع التى حبسها الى الموكل ويكون متطوعا فى التى دفع ولكنى أدع القياس فى ذلك واستحسن أن أجيزه الى هنا لفظ الاصل وانما ذكر مسئلة الانفاق فى الجامع الصغير ولكن لم يذكر القياس والاستحسان فيه فقالوا فى شروحه هذا الذى ذكره استحسان والقياس أن يردها على الموكل ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر وهذا معنى قول المصنف (وقيل هذا استحسان وفى القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا) أى ليس للوكيل انفاق عشرة نفسه بمقابلة عشرة الموكل بل اذا أنفق عشرة نفسه يصير متبرعا فيما أنفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن وجه القياس أن الدراهم تتعين فى الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمر الموكل فيصير متبرعا وأما وجه الاستحسان فما ذكره المصنف فيما مر آنفا بقوله لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء الخ وقالوا فى شروح الجامع الصغير أيضا من المشايخ من قال ليس فى قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد فى الاصل أما الانفاق ففيه شراء فلم يختلف فيه وجه القياس والاستحسان بل صح ذلك قياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما أنفق قياسا واستحسانا وهذا معنى قول المصنف (وقيل القياس والاستحسان فى قضاء الدين لانه ليس بشراء) هذا وجه القياس يعنى لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الآمر راضيا بثبوت الدين فى ذمته للوكيل فلو لم نجعله متبرعا لالزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا ووجه الاستحسان ماذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد بقوله لان المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء مافى ذمة الآمر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له اهـ (فاما الانفاق) فانه (يتضمن الشراء) لان الامر بالانفاق أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة بل بمثلها فى الذمة ثم ثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا أيضا (فلا يدخلانه والله أعلم) أى فلا يدخل القياس والاستحسان فى الانفاق بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان فى أن الوكيل لا يكون متبرعا بالانفاق من مال نفسه

الوكيل من عند نفسه بمقابلة العشرة التى أخذها من الموكل أى لا يكون متبرعا وقال الامام التمرتاشى رحمه الله هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد اليها أو كان مطلقا لكن ينوى تلك العشرة فان كانت عشرة الدافع مستهلكة أو كان يشترى النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد اليها يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين فى الوكالة وكذا لو أضاف العقد الى غيرها عند غيبة الطالب وقيل لا تتعين عند العامة لكن تبقى الوكالة ببقائها بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين فيهما (قوله وفى القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا) يعنى الوكيل بالانفاق يصير متبرعا فى انفاق مال نفسه بغير أمر الموكل ويلزمه رد ماقبض اليه لان الدراهم تتعين فى الوكالات بدليل انها لو هلكت تبطل الوكالة وقد خالف أمره فيرد عشرته عليه وقيل القياس والاستحسان فى قضاء الدين لانه ليس بتوكيل بالشراء فاما الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لافتقاره فى الانفاق الى شراء مايحتاج اليه فى النفقة والوكيل بالشراء لا يكون متبرعا قياسا

وقيل القياس والاستحسان فى قضاء الدين وهو أن يدفع المديون الى رجل ألفا ويوكله بقضاء دينه بها فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه فانه فى القياس متبرع حتى اذا أراد المأمور أن يحبس الالف التى دفعت اليه لا يكون له ذلك وفى الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع

(قوله وفى الاستحسان له ذلك) أقول وجه الاستحسان فى أن المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء مافى ذمة الآمر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له يعنى من الدراهم كذا ذكره الاتقانى نقلا من شرح الاسبيجابى للكافى للحاكم الشهيد

وذلك لان قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الآمر راضيا بثبوت الدين فى ذمته للوكيل فلولم يجعل متبرعا لالزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا فاما الانفاق فيتضمن الشراء لانه أمر بالانفاق وهو أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها فى الذمة ثم ثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا أيضا والله أعلم *(باب عزل الوكيل)*

(باب عزل الوكيل)

قال (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة) لان الوكالة حقه فله أن يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير

(باب عزل الوكيل)

أخر باب العزل اذ العزل يقتضى سبق الثبوت فناسب ذكره آخرا (قال) أى القدورى فى مختصره (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه) أى حق الموكل (فله أن يبطله) أى فللموكل الذى هو صاحب الحق أن يبطل حقه (الا اذا تعلق به) أى بالوكالة ذكر الضمير بتاويل كونها حقا (حق الغير) فحينئذ ليس له أن يعزله بلا رضا ذلك الغير وذلك (بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب) أى بالتماس من جهة المدعى (لما فيه) أى لما فى العزل فى هذه الصورة (من ابطال حق الغير) وهو أن يحضره مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه وابطال حق الغير لا يجوز قيد بالطلب لانه لو لم يكن وكيلا بالطلب ملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا أو غائبا وقيد بكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب أى المدعى عليه ووكل الطالب فله عزله سواء كان المطلوب حاضرا أو غائبا ثم ان عدم صحة العزل اذا كان بطلب من جهة الطالب فيما اذا كان العزل عند غيبة الطالب وأما اذا كان عند حضوره فيصح العزل سواء رضى به الطالب أولا وهذه القيود مستفادة من صريح ماذكره فى الذخيرة فانه قال فيها واذا عزل الوكيل حال غيبة الخصم فهو على وجهين الاول أن يكون الوكيل وكيل الطالب وفى هذا الوجه العزل صحيح وان كان المطلوب غائبا لان الطالب بالعزل يبطل حق نفسه لان خصومة الوكيل حق الطالب وابطال الانسان حق نفسه صحيح من غير أن يتوقف على حضرة غيره والوجه الثانى أن يكون الوكيل وكيل المطلوب وانه على وجهين أيضا الاول أن يكون الوكيل من غير التماس أحد وفى هذا الوجه العزل صحيح وان كان الطالب غائبا والوجه الثانى اذا كان التوكيل بالتماس أحد اما الطالب واما القاضى وفى هذا الوجه ان كان الوكيل غائبا وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال لان هذه الوكالة غير نافذة لانه لا نفاذ لها قبل علم الوكيل فكان العزل رجوعا وامتناعا فيصح وهذا على الرواية التى شرطت علم الوكيل لصيرورته وكيلا وان كان الوكيل حاضرا وقت التوكيل أو كان غائبا لكن قد علم بالوكالة ولم يردها فان كانت الوكالة بالتماس الطالب

واستحسانا لانه لا يمكنه استصحاب دراهم الموكل فى الاحوال كلها وربما يظفر فى السوق بشئ مما يحتاج اليه فلو لم يتمكن من الشراء ونقد الثمن من دراهم نفسه على سبيل الاقراض من الموكل وأخذ دراهمه بجهة حقه لكونه ظافرا حقه أدى الى الاخلال بالغرض المطلوب وبهذا الطريق اذا قضى الوصى دين الصغيرة بمال نفسه يتمكن من الرجوع فى ماله كذا فى الاوضح والله أعلم

(باب عزل الوكيل)

(قوله بطلب من جهة الطالب) قيد بالطلب لانه لو لم يكن بالطلب ملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا أو غائبا ويكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب أى المدعى عليه ووكل الطالب فله عزله عند غيبة المطلوب لان الطالب بالعزل يبطل حق نفسه اذ خصومة الوكيل حق الطالب لقيامه مقام الطالب وخصومة الطالب بنفسه حقه فكذا خصومة من قام مقامه (قوله لما فيه من ابطال حق الغير) وهو أن

وجه تأخير باب العزل ظاهر لا يحتاج الى بيان واعلم أن الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أولا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور أولا وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضى فكذلك وان كان فاما أن علم الوكيل بالوكالة أولا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف وان علم ولم يردها لم يصح فى غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره فى مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور فى الكتاب مستثنى وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف لان دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه

(قوله وذلك لان قضاء الدين) أقول أى كونه متبرعا فى القياس *(باب عزل الوكيل)* (قوله وهو المذكور أولا) أقول فيه بحث فان المذكور أولا يعمه وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلا لعموم كلام القدورى وجوابه أن القصر اضافى أى لا عزل وكيل المطلوب (قوله وان كان للمطلوب فان لم يكن الخ) أقول قال الزيلعى فى تعليل صحة عزله لعدم تعلق حقه بالوكالة اذ هو لم يطلب (قوله فكان العزل امتناعا) أقول أى فكان العزل اللفظى امتناعا حقيقة لا عزلا

وصار كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن

لا يصح عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضى به الطالب أو سخط لان بالتوكيل ثبت نوع حق للطالب قبل الوكيل وهو حق أن يحضره مجلس الحكم فيخاصمه ويثبت حقه عليه وبالعزل حال غيبة الطالب لو صح العزل يبطل هذا الحق أصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل والمطلوب ربما يغيب قبل أن يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه أيضا فيبطل حقه أصلا وأما اذا كان الطالب حاضرا فحقه لا يبطل أصلا لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكنه أن يطالب من المطلوب أن ينصب وكيلا آخر الى هنا لفظ الذخيرة قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام واعلم أن الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أولا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور أولا وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضى فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة أولا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف وان علم ولم يردها لم يصح فى غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره فى مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور فى الكتاب مستثنى وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف لان دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه اه كلامه واعترض بعض الفضلاء على قوله وهو المذكور أولا وأجاب حيث قال فيه بحث فان المذكور أولا يعمه وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلا لعموم كلام القدورى وجوابه أن القصر اضافى أى لا عزل وكيل المطلوب اه أقول جوابه ليس بتام فان المذكور أولا وهو قوله وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يعم عزل وكيل المطلوب أيضا سيما الذى لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه فلا يتم التوجيه بحمل القصر على الاضافى بمعنى لا عزل وكيل المطلوب ثم أقول الحق الصريح أن كلام القدورى الذى ذكره المصنف ههنا أولا وهو قوله وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يعم جميع الصور التى ذكرها صاحب العناية بطريق التقسيم والتفصيل وقد استثنى المصنف من ذلك صورة واحدة وهى عزل من كان وكيلا للمطلوب بطلب من جهة الطالب فبقى ماعداها من الصور تحت عموم المستثنى منه بلا ريب ويمشى فى ذلك كله التعليل الذى ذكره المصنف بقوله لان الوكالة حقه فله أن يبطله فما زعمه الشارح المذكور من كون المذكور أولا مقصورا على صورة عزل وكيل الطالب وكون بعض صور عزل الوكيل المطلوب غير مذكور فى الكتاب أصلا سهو بين (وصار) أى صار التوكيل الذى كان بطلب من جهة الطالب (كالوكالة التى تضمنها عقد الراهن) أى كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن بان وضع الرهن على يدى عدل وشرط فى الرهن أن يكون العدل أو المرتهن مسلطا على بيع الرهن عند حلول الدين فانه اذا أراد الراهن أن يعزل الوكيل عن الوكالة بالبيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق كما يأتى تفصيله فى كتاب الرهن وكذا اذا تعلق حق الوكيل بعين من أعيان الموكل لا يملك اخراجه عن الوكالة نحو ان أمره أن يبيع ويستوفى الدين من ثمنه كذا فى النهاية نقلا عن الذخيرة قيل من أين وقع الفرق بين الوكيل فى الخصومة بطلب من جهة الطالب وبين الوكيل الذى تثبت وكالته فى ضمن عقد الرهن حيث يملك الموكل فى الاول عزل الوكيل حال حضرة الخصم وان لم يرض به الخصم ولا يملك فى الثانى عزله حال حضرة المرتهن اذا لم يرض به المرتهن مع أنه فى كل منهما تعلق حق الغير بوكالة

يحضره مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه فلو صح عزله عند غيبة الطالب يبطل هذا الحق أصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل وربما يغيب المطلوب قبل أن يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه أيضا بخلاف ما اذا كان الطالب حاضرا فان حقه لا يبطل أصلا لانه ان لم يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع المطلوب ويمكنه أن يطلب منه وكيلا آخر (قوله وصار كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن) أى فى تعلق حق الغير بوكالة

(قوله فصار) أى فصار التوكيل من جهة المطلوب اذا كان بطلب من جهة الطالب (كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن) بان وضع الرهن على يدى عدل وشرط فى الرهن أن يكون العدل مسلطا على البيع

(قوله بان وضع الرهن الخ) أقول تفسير للعام بالخاص فانه اذا وكل المرتهن ببيعه الحال كذلك وسيجىء التفصيل فى الرهن

قال (فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) لان فى العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته أو من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به

الوكيل ومع وجود هذه المفارقة كيف شبه هذا بذلك وأجيب بان الفرق بينهما من حيث ان العزل لو صح فيما نحن فيه حال حضرة الطالب لم يبطل حق الطالب أصلا لانه يمكنه أن يخاصم المطلوب وأما فى مسئلة الرهن فلو صح العزل حال حضرة المرتهن بطل حقه فى البيع اذ لا يمكنه أن يطالب الراهن بالبيع وأما وجه التشبيه فهو تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل فى غيبته (قال) أى القدورى فى مختصره (فان لم يبلغه العزل) أى فان لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل اياه (فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) أى حتى يعلم الوكيل عزله وهذا عندنا وبه قال الشافعى فى قول ومالك فى رواية وأحمد فى رواية وقال الشافعى فى الاصح ينعزل وبه قال مالك فى رواية وأحمد فى رواية لان نفوذ الوكالة لحق الموكل له فهو بالعزل يسقط حق نفسه والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه ألا يرى أنه يطلق زوجته ويعتق عبده بغير علم منهما ولان الوكالة للموكل لا عليه فلو لم ينفرد الموكل قبل علم الوكيل به كان ذلك عليه من وجه وذلك لا يجوز ولكنا نقول العزل خطاب ملزم للوكيل بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب لا يثبت فى حق المخاطب مالم يعلم به كخطاب الشرع فان أهل قباء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الامر بالتوجه الى الكعبة وجوز لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يعلموا وكذلك كثير من الصحابة رضى الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك وفيه نزل قوله تعالى ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا وهذا لان الخطاب مقصود للعمل ولا يتمكن من العمل مالم يعلم به ثم ان الفقه فيما نحن فيه ماذكره المصنف بقوله (لان فى العزل) أى فى عزل الوكيل من غير علمه (اضرارا به) أى بالوكيل من وجهين أحدهما أشار اليه بقوله (من حيث ابطال ولايته) فان فى ابطال ولايته تكذيبا له لان الوكيل يتصرف لموكله على ادعاء أن له ولاية ذلك بالوكالة وفى عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته بالعزل وتكذيب الانسان فيما يقول ضرر عليه لا محالة والثانى ما أشار اليه بقوله (أو من حيث رجوع الحقوق اليه) أى الى الوكيل فانه يتصرف فيها بناء على رجوعها اليه (فينقد من مال الموكل) ان كان وكيلا بالشراء (ويسلم المبيع) ان كان وكيلا بالبيع فلو كان معزولا قبل العلم كان التصرف وافعاله (فيضمنه) أى فيضمن ما نقده وما سلمه (فيتضرر به) والضرر مدفوع شرعا ثم ان الوجه الاول عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء وغير ذلك وأما الوجه الثانى فمختص

الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل الا أن الموكل فى الرهن لا يملك عزله أصلا اذا لم يرض المرتهن به والمطلوب يملك عزله عند حضرة الطالب وان لم يرض به الطالب لانه لا يبطل حقه حينئذ لانه يمكنه أن يخاصم المطلوب وفى الرهن لو صح العزل حال حضرة المرتهن يبطل حقه فى البيع أصلا لانه لا يمكنه أن يطالب الراهن بالبيع (قوله لان فى العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته) وفى ابطال ولايته تكذيبه لان الوكيل لما زوج لموكله أو طلق امرأته أو باع أو اشترى له على ادعاء انه وكيله ثم لو صح عزله من غير علم الوكيل كان تكذيبا للوكيل فيما ادعى من الوكالة ابطلان ولايته على هذه التصرفات بالعزل وفى تكذيب الانسان فيما يقول ضرر عليه وهذا لمعنى عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء فان قيل ابطال الولاية لا يجوز علم أولا كما فى غير الوكيل قلنا هو ابطال نظرا الى الولاية فى الحال ومنع من حيث ان حال البقاء فى هذا العقد مثل الابتداء فانه ينعقد ساعة فساعة ألا ترى انه يبطل بموت الموكل والوكيل وجنونهما واذا كان للدوامه حكم الابتداء فبالعزل كأنه يمنع الوكيل من التصرف فى محل مملوك له وله هذه الولاية فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا بصحة العزل مع العلم عملا بشبه المنع وبعدم ثبوته عند انتفاء العلم عملا بشبه الابطال (قوله فينقد من مال الموكل) أى اذا كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع اذا كان وكيلا بالبيع فيضمنه أى ما نقد من

ويستوى

قيل عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن مالم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا كان بحضرة الطالب رضى به أولا ولو كانتا متشابهتين لما وقعت بينهما هذه التفرقة أجيب بان مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فاذا بطل الحق بطل العزل وفى الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جائزا وأما فى مسئلة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه فى البيع أصلا اذ لا يمكن أن يطالب الراهن بالبيع قال (فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته الخ) اذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان فى عزله اضرارا به من وجهين أحدهما من حيث بطلان ولايته لان الوكيل يتصرف على ادعاء أن له ولاية ذلك وفى العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته وضرر التكذيب ظاهر لا محالة والثانى من حيث رجوع الحقوق اليه فانه ينقد من مال الموكل ان كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا كان التصرف وافعاله بعد العزل فيضمنه فيتضرر به

(قوله ثم أراد الراهن الخ) أقول الاظهر أن يقول بدل قوله ثم أراد فانه اذا أراد (قوله ليس له ذلك) أقول استئناف بيانى

و يستوى الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر فلا نعيده قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا)

بالتصرفات التى ترجع فيها الحقوق الى الوكيل دون الموكل كالبيع والشراء ونحوهما وعن هذا قال المصنف (ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول) يعنى أن الوكيل بالنكاح وغيره سيان فى الحكم المذكور وهو عدم انعزال الوكيل قبل العلم بالعزل نظرا الى الوجه الاول وفى الذخيرة وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى وهكذا ذكر فى سائر معتبرات الفتاوى قال فى المحيط البرهانى واذا جحد الموكل الوكالة وقال لم أوكله لم يكن ذلك عزلا هكذا ذكر فى الاجناس فى مسائل البيوع وفى مسائل الغصب من الاجناس أيضا اذا قال اشهدوا أنى لم أوكل فلانا فهذا كذب وهو وكيل لا ينعزل وبعض مشايخنا ذكروا فى شروحهم أن جحود الموكل الوكالة عزل للوكيل وذكر شيخ الاسلام فى شرح كتاب الشركة أن جحود ما عدا النكاح فسخ له انتهى وهكذا ذكر فى الذخيرة أيضا قال المصنف (وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر) أشار به الى ماذكره فى فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضى بقوله ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل الخ (فلا نعيده) لعدم الاحتياج الى الاعادة اعلم أن الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان أو عبدا عدلا كان أو فاسقا رجلا كان أو امرأة صبيا كان أو بالغا وكذلك العزل عندهما وعند أبى حنيفة لا يثبت العزل الا بخبر الواحد العدل أو بخبر الاثنين اذا لم يكونا عدلين ثم ان هذا الاختلاف فيما اذا لم يكن الخبر على وجه الرسالة وأما اذا كان على وجهها فيثبت به العزل بالاتفاق كائنا من كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا نص عليه فى البدائع وقال فى تعليله لان الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أى صفة كان (قال) أى القدورى فى مختصره (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا) بالباء المكسورة أى دائما ومنه الحمى المطبقة أى الدائمة التى لا تفارق ليلا ولا نهارا وقيل مطبقا أى مستوعبا من أطبق الغيم السماء اذا استوعبها (ولحاقه) بفتح اللام أى وتبطل بلحاق الموكل (بدار الحرب مرتدا) وفى الذخيرة قالوا ماذكر من الجواب فى الجنون المطبق محمول على ما اذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل فى كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب وأما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل اذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطا فى عقد الرهن فلا ينعزل الوكيل بجنون الموكل وان كان الجنون مطبقا وهذا لان الوكالة اذا كانت غير لازمة يكون لبقائها حكم الانشاء ولو أنشأ الموكل الوكالة بعدما جن جنونا مطبقا لا يصح فكذا لا تبقى الوكالة اذا صار الموكل بهذه الصفة وأما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله لا يكون لبقاء الوكالة حكم الانشاء وكان الوكيل فى هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث انه لا يملك الموكل عزله ومن ملك شيئا من جهة أخرى ثم جن المملك فانه لا يبطل ملكه كما لو ملك عينا فكذا اذا ملك التصرف وبهذا الطريق اذا جعل أمر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل الامر انتهى وفى غاية البيان قال فى التتمة والفتاوى الصغرى وهذا كله فى موضع يملك الموكل عزله أما فى موضع لا يملك عزله كالعدل فى باب الرهن والامر باليد للمرأة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل قياسا انتهى أقول فى المنقول عن التتمة والفتاوى الصغرى اشكال لان الظاهر من عبارته أن يكون الامر

الثمن وما سلم من المبيع على تقدير صحة العزل (قوله وغيره) بالرفع كالوكيل بالطلاق والعتاق (قوله للوجه الاول) وهو أن فى العزل اضرارا من حيث ابطال ولايته وقال الشافعى رحمه الله ينعزل ولو لم يبلغه العزل لانه بالعزل يبطل حق نفسه لان نفوذ الوكالة لحق الموكل والمرء يتفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق قلنا نفوذ الوكالة حقه لكن يتضرر الغير فى اسقاطه ولان العزل خطاب يلزم الوكيل أن يمتنع وحكم الخطاب

والوكيل بالنكاح وغيره سيان فى الوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر فى فصل القضاء بالمواريث فى كتاب أدب القاضى فلا يحتاج الى الاعادة قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل الخ) قد تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه أن يعزل الوكيل من غير توقف على رضا أحد ومنها مالا يجوز ذلك فيه الا برضا الطالب ففى الاول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا

قال المصنف (ولحاقه بدار الحرب مرتدا) أقول اللحاق بفتح اللام مصدر كالذهاب قال الزيلعى المراد بلحاقه دار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم انتهى هذا لا يوافق ما فى الهداية كما لا يخفى اذ يكون الحكم المذكور فى اللحاق على قولهما حينئذ فان تبطل صيغة الاستقبال

لان التوكيل تصرف غيرلازم اذاللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضامن الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد فى فسخها فان للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غيرلازم لدوامه حكم ابتدائه لان المتصرف بسبيل من نقضه فى كل لحظة فصار كأنه يتجدد عقدالوكالة فى كل ساعة فينتهى فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ولابد فى ذلك من الامر فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل الامر بهذه العوارض فلاتبقى الوكالة من هؤلاء كمالا تنعقد منهم ابتداء ونوقض بالبيع بالخيار فانه غيرلازم

لان التوكيل تصرف غيرلازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلابد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط أن يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء

باليد للمرأة من باب التوكيل وليس كذلك فانه من باب التمليك لا التوكيل على ماتقرر فيما مر فى باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق بخلاف عبارة الذخيرة كمالايخفى على المتامل ثم أقول بقى ههنا شئ وهو أن تقسيمهم الوكالة على اللازمة وغير اللازمة وجعلهم الجواب فى الجنون المطبق على الثانية دون الاولى ينافى ماذكروا فى صدر كتاب الوكالة من أن صفة الوكالة هى أنها عقد جائز غيرلازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه اذ الظاهر أن المذكور هنالك صفتها العامة لجميع أنواعها اللهم الا أن يقال الاصل فى الوكالة عدم اللزوم واللزوم فى أحد القسمين المذكورين لعارض وهو تعلق حق الغير به على عكس ماقالوا فى البيع بالخيار كما سيأتى فتامل قال المصنف فى تعليل مسئلة الكتاب (لان التوكيل تصرف غيرلازم) قال صاحب العناية فى تعليل هذه المقدمة اذاللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد فى فسخها فان للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها انتهى وقد سبقه تاج الشريعة الى هذا التعليل أقول فيه خلل لان توقف الوجود على الرضا من الجانبين متحقق فى كل عقد لازما كان أوغيرلازم وانما اللازم مايتوقف فسخه على الرضا من الجانبين فقولهما اذاللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين ليس بصحيح والصواب أن يقال اذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك (فيكون لدوامه) أى لدوام التوكيل (حكم ابتدائه) لان التصرف اذا كان غيرلازم كان المتصرف بسبيل من فسخه فى كل لحظة من لحظات دوامه فلما لم يفسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند تمكنه منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه انزالا للمتمكن مكان المبتدئ والمنشئ كما قالوا فى قوله تعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة فى كل ساعة فينتهى فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد (فلابد من قيام الامر) أى فلابد من قيام أمر الموكل بالتوكيل فى كل ساعة اذا كان لابد من أمره بذلك فى ابتداء العقد فكذا فيما هو بمنزلته (وقد بطل) أى أمر الموكل (بهذه العوارض) وهى الموت والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غيرلازم ومع ذلك لايبطل البيع بالموت بل يتقرر ويبطل الخيار قلنا الاصل فى البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض كذا فى الشروح (وشرط) أى شرط فى بطلان الوكالة (أن يكون الجنون مطبقا لان قليله) أى قليل الجنون (بمنزلة الاغماء) فلاتبطل به

لايثبت فى حق المخاطب مالم يعلم به كخطاب الشرع فلايثبت حق العزل فى حقه مالم يعلم (قوله لان التوكيل تصرف غيرلازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه) وانما كان كذلك لان التصرف اذا كان غيرلازم كان المتصرف فى كل لحظة من لحظات دوام التصرف يستبد من النقض والفسخ فلما لم يفسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند امكانه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه أما اذا كان التصرف لازما لايتاتى هذا المعنى لان المتصرف لايتمكن فى كل لحظة من الفسخ فلايجعل امتناعه عن العزل بمنزلة الابتداء (قوله فلابد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض) أى أمر التوكيل بهذه العوارض من الموت والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غيرلازم ويتقرر بالموت وأجيب بان الاصل فى البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل العارض وتقرر الاصل وفى الثانى لاتبطل فلاتبطل فى صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفيما اذا جعل أمر امرأته بيدها لان التوكيل فى هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لابد منه والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم وشرط الاطباق فى الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلاتبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند أبى يوسف وروى ذلك أبو بكر الرازى عن أبى حنيفة

(قوله اذاللزوم عبارة عما يتوقف وجوده) أقول فيه مسامحة لعل هنا سهوا والصحيح عما يتوقف رفع وجوده والا فالبيع بالخيار يتوقف وجوده على رضا الجانبين ويصرح بعد أسطر بأنه غيرلازم (قوله لان كلا منهما ينفرد فى فسخها) أقول مع أن انفراد أحدهما يكفى فى انتفاء اللزوم (قوله فكذا فيما هو بمنزلته) أقول الضمير فى قوله بمنزلته راجع الى قوله ابتداء فى قوله بمنزلة ابتداء العقد (قوله ونوقض بالبيع بالخيار فانه الخ) أقول فيه مغالطة فان المتقرر هو البيع لا الخيار وهذا هو خلاصة الجواب (قوله وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت الخ) أقول لا يقال انما لم يصرح بالتقسيم لانفهامه من التعليل مع ماأسلفه من قوله الا اذا تعلق به حق الغير الخ لانه لادلالة فيما سبق من كلامه على لزوم بعض الوكالات أصلا فلايفهم التقسيم كما لايخفى فليتامل

وحد المطبق شهر عند أبى يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه أكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور فى اللحاق قول أبى حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان أسلم نفذ وان قتل أولحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلاتبطل وكالته الا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه وقد مر فى السير

الوكالة كمالاتبطل بالاغماء (وحد المطبق) أى حد الجنون المطبق (شهر عند أبى يوسف) وروى ذلك أبو بكر الرازى عن أبى حنيفة (اعتبارا بما يسقط به الصوم) أى صوم شهر رمضان وقال فى الواقعات الحسامية فى باب البيوع الجائزة والمختار ماقاله أبو حنيفة انه مقدر بالشهر لان مادون الشهر فى حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا فى حكم الآجل فكان طويلا (وعنه) أى عن أبى يوسف (أكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار) أى فصار من جن فى هذه المدة (كالميت) فلايصلح للوكالة (وقال محمد حول كامل) قال الناطفى فى الاجناس قال ابن سماعة فى نوادره قال محمد فى قوله الاول حتى يجن يوما وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة ثم رجع وقال حتى يجن شهرا ثم رجع وقال حتى يجن سنة (لانه يسقط به) أى بالحول الكامل (جميع العبادات) وأما مادون الحول فلاتسقط به الزكاة لان وجوبها مقدر بالحول فلايكون فى معنى الموت (فقدر به) أى فقدر حد الجنون المطبق بالحول الكامل (احتياطا) قال فى الكافى وهو الصحيح وكذا قال فى التبيين (قالوا) أى المشايخ (الحكم المذكور فى اللحاق) أى الحكم المذكور فى اللحاق فى مختصر القدورى وهو ماذكر قبل هذا بقوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا (قول أبى حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته) قال المصنف فى باب أحكام المرتدين من كتاب السير اعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لايفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولاملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولامساواة بين المسلم والمرتد مالم يسلم ومختلف فى توقفه وهو ماعددناه اه وقال الشراح هنالك يعنى بقوله ماعددناه ماذكره بقوله وماباعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو تصرف فيه من أمواله فى حال ردته فهو موقوف أقول فقد تلخص من ذلك أن مراده ههنا أن بعض تصرفات المرتد موقوف عنده فكذا وكالته لكونها فى حكم ذلك ولكن عبارته غير واضحة فى افادة المراد (فان أسلم نفذ) أى فان أسلم المرتد نفذ تصرفه السابق (وان قتل أولحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما فتصرفاته نافذة فلاتبطل وكالته الا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه) حتى يستقر أمر اللحاق (وقد مر فى السير) أى مر كون تصرف المرتد موقوفا عند أبى حنيفة نافذا عندهما مع ذكر دليل الطرفين مستوفى فى باب أحكام المرتدين من كتاب السير واستشكل صاحب التسهيل هذا المقام حيث قال فيما نسب الى أبى حنيفة نظر اذا المرتد اذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلما صار كان لم يزل مسلما عند أبى حنيفة أيضا فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل أن يقضى بذلك وقول أبى حنيفة فى السير انه حربى مقهور غير أنه يرجى اسلامه فتوقفنا فان أسلم جعل العارض كالعدم ولم يعمل السبب وان مات أو لحق وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب يدل على عدم بطلان تصرفه بمجرد اللحاق بل لابد من الحكم به فينبغى أن يكون حكم الموكل كذلك لايبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده اه كلامه وأقول هنا كلام آخر وهو أن الامام قاضيخان ذكر فى فتاواه ماينافى مانقله المصنف ههنا عن المشايخ حيث قال فى فصل مايبطله الارتداد من باب الردة وأحكام أهلها من كتاب السير وان وكل رجلا ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله فى قولهم اه فانه صريح فى أن الحكم المذكور فى اللحاق قولهم جميعا لا قول أبى حنيفة فقط فان قلت يجوز أن يكون المراد باللحاق بدار الحرب فيما ذكر فى فتاوى قاضيخان أن يحكم الحاكم بلحاقه

ومع ذلك لايبطل البيع بالموت بل يتقرر البيع ويبطل الخيار قلنا الاصل فى البيع اللزوم وعدم اللزوم

اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه أكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد وقال محمد آخرا حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قال المشايخ الحكم المذكور فى اللحاق قول أبى حنيفة رحمه الله لان تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فتكون موقوفة فان أسلم نفذت وان قتل أولحق بدار الحرب بطلت فاما عندهما فتصرفاته جائزة فلاتبطل وكالته الا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه حتى يستقر أمر اللحاق وقد مر فى السير أى كون تصرف المرتد موقوفا أو نافذا فى باب أحكام المرتدين

(قوله يسقط به جميع العبادات) أقول حتى الزكاة (قوله وان قتل أولحق بدار الحرب بطلت) أقول ماسبق ويبطل مابعده قال المصنف (وان قتل أولحق بدار الحرب بطلت الوكالة) أقول ولقد أصاب المحز حيث اختار صيغة المضى هنا وصيغة الاستقبال فى بيان مذهبهما لان عنده تبطل تصرفاته السابقة على القتل أواللحاق أيضا وعندهما لاتبطل تصرفاته السابقة فليتامل

وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر فى عقودها على ما عرف قال (واذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه

بها قلت ظاهر اللفظ لا يساعد ذلك فان جاز حمله عليه بدلالة القرائن والقواعد فلم لا يجوز الحمل عليه فى مسئلة الكتاب أيضا حتى تكون المسئلة اجماعية ويتخلص عن التكلف الذى ارتكبوه فى تخصيصها بقول أبى حنيفة ثم أقول الحق عندى أن المراد بما ذكر فى الكتاب اللحاق مع قضاء القاضى به دون مجرد اللحاق فالمسئلة اجماعية وعن هذا قال الامام الزيلعى فى شرح هذا المقام من الكنز والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع اه ومما يؤيد كون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق مع قضاء القاضى به دون مجرد اللحاق أن أساطين المشايخ قيدوا اللحاق بقضاء القاضى به عند بيانهم بطلان تصرفات المرتد عند أبى حنيفة بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب منهم صاحب المحيط فانه قال بصدد بيان الانواع الاربعة لتصرفات المرتد ونوع منها اختلفوا فى نفاذه وتوقفه وذلك كالبيع والشراء والاجارة والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون فعند أبى حنيفة توقف هذه التصرفات فان أسلم تنفذ وان مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه تبطل وعندهما تنفذ هذه التصرفات اه ومنهم الامام قاضيخان فانه قال فى فتاواه أثناء بيان الوجوه الاربعة لتصرف المرتد ومنها ما اختلفوا فى توقفه نحو البيع والشراء والاجارة والاعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون عند أبى حنيفة هذه التصرفات موقوفة فان أسلم نفذت وان مات أو قتل أو قضى بلحاقه بدار الحرب تبطل وعند صاحبيه تنفذ فى الحال اه الى غير ذلك من الثقات حتى ان صاحب الوقاية قال فى باب المرتد وتوقف مفاوضته وبيعه وشراؤه وهبته واجارته وتدبيره ووصيته ان أسلم نفذ وان مات أو قتل أو لحق وحكم به بطل اه (وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته) أى بالاجماع (حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر فى عقودها) لانها لا تقتل (على ما عرف) فى السير قال بعض العلماء بعد نقل هذا من الهداية ويعلم من هذا أن الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق فينبغى أن يقول فى قوله السابق وارتداده بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا انتهى أقول هذا خبط منه فانه زعم أن مراد المصنف بقوله فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب أن وكالته لا تبطل قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب وأخذ منه بطريق مفهوم المخالفة أن الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق وليس مراده ذلك بل مراده أن تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب بالاجماع بخلاف ما اذا كان الموكل رجلا فارتد فان تصرف الوكيل ليس بنافذ هنالك عند أبى حنيفة بعد ارتداد موكله بل هو موقوف عنده على ما مر بيانه فافترقا وأما بطلان الوكالة فلا يتحقق فى الصورتين معا قبل الموت أو اللحوق بدار الحرب فانتظم السباق واللحاق ثم اعلم أن كون الوكيل على وكالته فى صورة ان كان الموكل امرأة فارتدت فيما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل بالتزويج من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة فى الحال ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها الوكيلها فبعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد كذا فى المبسوط وذكر فى الشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا وكل المكاتب ثم عجز) أى عجز عن أداء بدل الكتابة فعاد الى الرق (أو المأذون له) أى أو وكل العبد المأذون له (ثم حجر عليه) أى على المأذون له وكان التوكيل فى هاتين

بسبب العارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض لانه يسقط به جميع العبادات كالصوم والصلاة والزكاة اما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون فى معنى الموت (قوله واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له فحجر عليه) هذا اذا كانت الوكالة بالبيع والشراء فاما اذا كان التوكيل بقضاء الدين أو التقاضى لم يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون لان فى كل شئ وليه العبد لا تسقط المطالبة

وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر فى عقودها لانها لا تقتل ما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل به من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة فى الحال ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها الوكيلها فبعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد قال (واذا وكل المكاتب ثم عجز الخ) واذا وكل المكاتب ثم عجز أو العبد المأذون له ثم حجر عليه

او

أو الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم) لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق

الصورتين بالعقود والخصومات (أو الشريكان) أى أو وكل أحد الشريكين ثالثا بشئ مما لم يله بنفسه (فافترقا) أى فافترق الشريكان بعد التوكيل (فهذه الوجوه) أى العجز والحجر والافتراق (تبطل الوكالة على الوكيل علم) أى علم الوكيل بذلك (أو لم يعلم لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل) أى قيام الامر (بالحجر) فى المأذون له (والعجز) فى المكاتب (والافتراق) فى الشريكين وأما اذا كان توكيل المكاتب أو العبد المأذون له بقضاء الدين أو التقاضى فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون له لان فى كل شئ وليه العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بايفائه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقى حقه بقى وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد العجز أو الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا انه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما الا ان توكيل أحدهما فى حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا فى المبسوط قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن المبسوط ولقائل أن يقول هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله فما الفارق والجواب ان أحد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهى مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى فى حقهما واذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل فى حقهما جميعا الى هنا كلامه واعلم انه اذا وكل أحد شريكى العنان وكيلا ببيع شئ من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا وكان القياس أن لا يجوز لان كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه فى التصرف وليس للوكيل أن يوكل غيره اذا لم يأمره الموكل بذلك وجه الاستحسان أن كلا من الشريكين فى حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض الامر اليه على العموم لان مقصودهما تحصيل الربح وذلك قد لا يحصل بتصرف واحد فصار مأذونا من جهة صاحبه بالتوكيل قال صاحب غاية البيان قال الشيخ أبو نصر البغدادى وهذا الذى ذكره القدورى بجمعه جار على الاصل الا فى الشريكين وفيما ذكره صاحب الكتاب نظر الى هنا لفظه يعنى أن أحد شريكى العنان أو المفاوضة اذا وكل وكيلا ثم افترقا بطلت الوكالة على ما ذكره القدورى ولكن ذلك خلاف الرواية الاخرى ألا ترى الى ما قال محمد فى الاصل واذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ مما ذكرت لك وهو الذى ولى ذلك ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم ان الوكيل أمضى الذى كان وكل به وهو يعلم أو لا يعلم فانه يجوز ذلك كله عليهما جميعا وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة أحدهما جائزة على الآخر وليس تفرقهما ينقض الوكالة الى هنا لفظ محمد فى باب وكالة أحد المتفاوضين ثم قال صاحب الغاية والعجب من صاحب الهداية انه أبهم الامر ولم يتعرض لكلام القدورى والغالب على ظنى أن القدورى أراد بذلك الوكالة الثابتة فى ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية لان المتضمن وهو عقد الشركة اذا بطل بطل ما فى ضمنه لا محالة والا يلزم أن يكون قوله مخالفا للرواية لا محالة اه أقول ان قوله والا يلزم أن يكون قوله مخالفا للرواية لا محالة ليس بتام لا محالة اذ على تقدير أن يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه لا يكون مخالفا للرواية المذكورة بحمله على التوكيل بشئ لم يله الموكل

عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بايفائه وله ولاية المطالبة باستيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقى حقه بقى وكيله على الوكالة فيه ولو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته صح أيضا فان باعه باذن الغرماء أو مات بطلت وكالة الوكيل فى جميع ذلك لانه حين خرج عن ملكه لم يبق له حق المطالبة بالاستيفاء فيبطل وكالة الوكيل حكما لخروج الموكل من أن يكون مالكا لهذا التصرف (قوله أو الشريكان فافترقا)

وكان التوكيل بالبيع أو الشراء بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل أو لم يعلم واذا وكل أحد الشريكين ثالثا بشئ مما لم يله بنفسه فافترقا فكذلك لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق

ولافرق بين العلم وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل وأما اذا وكل المكاتب أو المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فانه لا تبطل بالعجز والحجر لان العبد مطالب بايفاء ما وليه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط ولقائل أن يقول هذا لا يفصل بين ما وليه و بين ما لم يله فما الفارق والجواب أن أحد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعا واذا وكل أحد شريكي العنان وكيلا ببيع شئ من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا لان كل واحد منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فانه قد لا يحصل بتصرف واحد وحصوله باثنين وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا كما ترى وفيه ما فيه وقد أول

ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال (واذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا

بنفسه كما فصلناه من قبل وفي الرواية المذكورة أيضا اشارة الى ذلك فان قول محمد في الاصل اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك احتراز عن التوكيل بشئ لم يله الموكل بنفسه كما لا يخفى لا يقال مراد صاحب الغاية والا يلزم أن يكون ظاهر اطلاق قوله مخالفا للرواية فلا ينافيه التطبيق بتقييد وتأويل لانا نقول هذا المعنى مشترك الالتزام فلا وجه لذلك القول بعد أن قيده أيضا وأوله بتاويل بعيد كما ترى (ولا فرق بين العلم وعدمه) أي لا فرق في الوجوه المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك (لان هذا عزل حكمي) أي عزل عن طريق الحكم (فلا يتوقف على العلم) اذ العلم شرط للعزل القصدي دون العزل الحكمي (كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل) أي اذا باع ما وكل ببيعه الموكل حيث يصير الوكيل معزولا حكما لفوات محل تصرف الوكيل (قال) أي القدوري في مختصره (واذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا

أي أحد الشريكين يعني به انه يبطل الوكالة في حق الشريك الآخر الذي لم يوجد منه التوكيل صريحا وانما صار وكيلا عنه بالشركة فلما افترقا لم يبق وكيلا عنه انما يبقى وكيلا في حق الآخر وينبغي أن لا ينعزل فيما اذا وكل الشريكان صريحا بافتراقهما والدليل عليه ما ذكر في الجامع في الباب الرابع من كتاب الشركة أحد المتفاوضين اذا أمر رجلا بان يشتري له عبدا بالف درهم ولم يدفع اليه الثمن صحت الوكالة وصار هذا الرجل وكيلا عنهما فلو تناقض الشريكان المفاوضة وفاوض كل واحد منهما رجلا على حدة ثم اشترى الوكيل بعد ذلك عبدا وهو يعلم بنقض المفاوضة أو لا يعلم جاز شراء الوكيل والعبد لازم للآمر خاصة دون شريكه الاول والثاني (قوله واذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا) أي مستوعبا من قولهم أطبق الغيم السماء اذ

بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فتبطل ما كانت في ضمنها هذا على تقدير صحته يختص بمسئلة الشركة لا غير على أنه مخالف لعبارة الكتاب قال (واذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا الخ) لما فرغ

(قوله وكذا اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه) أقول قوله هو راجع الى أحد المتفاوضين والضمير في قوله وليه راجع الى شئ قال في النهاية والشريكان فافترقا أي وكل أحد الشريكين الثالث فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم هذا فيما لم يله الوكيل بنفسه وأما في الذي وليه الوكيل بنفسه في المفاوضة فلا تبطل الوكالة بالافتراق لانه ذكر في باب وكالة المضارب من وكالة المبسوط واذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه ثم تفرقا واقتسما وأشهدا الى قوله فلا ينعزل بنقض الشركة بينهما انتهى ولا يذهب عليك أن صاحب النهاية أرجع الضمير المستتر في قول المبسوط وليه الى الوكيل وهذا الشارح الى أحد المتفاوضين والاصح عندي ارجاعه الى ما أرجع الشارح اليه وعليك بالتأمل الصادق (قوله لم تبطل الاخرى وهي مستندة) أقول قوله هي راجع الى قوله الاخرى (قوله وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا الخ) أقول الظاهر أنه أراد مسئلة الشريكين ومسئلة المكاتب والمأذون عدهما واحدا لاتحادهما في المملوكية والحجر (قوله وقد أول بعض الشارحين الخ) أقول يعني الاتقاني (قوله على أنه مخالف لعبارة الكتاب) أقول فان المعنى المفهوم من قوله اذا وكل أحد الشريكين أنه اذا وكله بعد عقد الشركة كما في توكيل المأذون والمكاتب وأيضا لا يصح أن ينفرد أحد الشريكين بفسخ عقد الشركة بدون علم صاحبه فلا يستقيم قوله علم أو لم يعلم و يمكن أن يحمل على ما اذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علما بذلك أو لم يعلما لانه عزل حكمي اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة

العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيهما من جانب الوكيل فاذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح أمره بعد موته وجنونه والامر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مأمورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن للدوامه حكم الابتداء وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز أن يتصرف فيما وكل به الا أن يعود مسلما قال المصنف وهذا عند محمد فاما عند أبي يوسف فلا تعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد أن التوكيل اطلاق لانه رفع المانع ومعناه أن الوكيل كان ممنوعا شرعا أن يتصرف في شئ لموكله فاذا وكله رفع المانع واما أن يحدث فيه أهلية و ولاية فليس كذلك فانه يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد الى ذلك التصرف والذمة الصالحة له والاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض وانما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وهنا ينزع الى تخصيص العلة ومخلصه معروف ولابي يوسف أنه اثبات ولاية التنفيذ ومعناه أن التوكيل تمليك ولاية التنفيذ فان الوكيل انما يملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة وولاية التنفيذ بالملك أي تمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللحاق لانه لحق به بالاموات فصار كسائر أملاكه واذا بطل الملك

بطلت الوكالة) لانه لا يصح أمره بعد جنونه وموته (وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا أن يعود مسلما) قال وهذا عند محمد فاما عند أبي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد أن الوكالة اطلاق لانه رفع المانع أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين

بطلت الوكالة) لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع في العوارض المبطلة لها من جانب الوكيل قال المصنف في تعليل ما ذكر (لانه لا يصح أمره) أي أمر الوكيل (بعد جنونه وموته) والامر في قوله لا يصح أمره مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مأمورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن للدوامه حكم الابتداء كذا في العناية أقول ههنا شائبة الاستدراك اذ لا يخفى على أولي النهى أن ذكر كون موت الوكيل مبطلا للوكالة قليل الجدوى لانه بين غني عن البيان لا يقال المراد بذلك دفع احتمال جريان الارث من الوكيل في حق الوكالة لانا نقول احتمال ذلك مع كونه في غاية البعد في نفسه بناء على ظهور أن الموكل رضي برأي الوكيل لا برأي غيره لا يندفع بالتعليل الذي ذكره المصنف لان الامر بالوكالة وان لم يبق صحيحا بالنظر الى الوكيل الميت الا أنه يحتمل أن يبقى صحيحا بالنظر الى وارثه الحي فلا يتم التقريب (وان لحق) أي الوكيل (بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا أن يعود) من دار الحرب الى دار الاسلام (مسلما) هذا اذا حكم القاضي بلحاقه فانه قال شيخ الاسلام في المبسوط وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا ما لم يقض القاضي بلحاقه وهكذا أشار اليه شمس الائمة السرخسي في مبسوطه حيث قال ولو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو في دار الحرب و بين من هو في دار الاسلام واذا قضى القاضي بلحاقه فقد ر موته أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة انتهى كذا في النهاية وغيرها (قال) أي قال المصنف (وهذا) أي جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلما (عند محمد فاما عند أبي يوسف لا تعود الوكالة) أي وان عاد مسلما (لمحمد ان الوكالة اطلاق) أي اطلاق التصرف (لانه) أي الوكالة بتاويل التوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر (رفع المانع) فان الوكيل كان ممنوعا شرعا عن ان يتصرف في شئ لموكله فاذا وكله رفع المانع (أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به) أي بالوكيل يعني أن الوكيل لا يحدث فيه أهلية و ولاية بل انما يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد الى ذلك التصرف والذمة الصالحة له (وانما عجز) أي وانما عجز الوكيل عن التصرف (بعارض اللحاق لتباين الدارين) يعني أن الاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض ولكن انما عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض

استوعبها لان كثيره كالموت وقليله كالاغماء وحد الجنون المطبق مذكور في المتن (قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا أن يعود مسلما) هذا اذا حكم القاضي بلحاقه بدار الحرب ذكر شيخ الاسلام رحمه الله في المبسوط وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لا ينعزل عن الوكالة عندهم جميعا ما لم يقض القاضي

قال المصنف (بطلت الوكالة لانه لا يصح أمره بعد جنونه وموته) أقول يعني لم يورث منه ففي قوله لانه لا يصح أمره بحث (قوله ومعناه الامر الذي كان مأمورا به) أقول الضمير في قوله به راجع الى قوله الامر (قوله وانما عبر عنه بذلك الخ) أقول أي عن عدم بقاء الصحة بسلب الصحة فان قولنا لا يصح سلب لحدوث الصحة

(قوله وهذا ينزع الى تخصيص العلة) أقول وفي مباحث تقسيم العلة من التلويح أن الخلاف في تخصيص العلل انما هو في الاوصاف المؤثرة في الاحكام لا في العلل التي هي أحكام شرعية كالعقود والفسوخ (قوله ومخلصه معروف) أقول وهو جعل ارتفاع المانع جزأ من العلة والتفصيل في كتب الاصول (قوله ولابي يوسف أنه اثبات الخ) أقول لا يقال بعض المقدمات مستدركة لكفاية أن يقول انه اثبات ولاية التنفيذ ولا ولاية باللحاق فلا توكيل لان اللحاق يملكه في المدبر وأم الولد فعدم العود لا يكون بدون ملاحظة تلك المقدمات وفيه منع فانه لم يكف الالحاق في عدم العود وما المقتضي للاحظة كونه مالكا (قوله فكان الوكيل مالكا) أقول فيه نوع مصادرة حيث كان اثبات المقدمة الاولى بهذه المقدمة فليتامل (قوله للتنفيذ بالوكالة) أقول أي مالكا لولاية التنفيذ

بطلت الولاية واذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا تخلف العلة عن المعلول واذا بطلت لا تعود كملكه فى المدبر وأم الولد وأشار بقوله لحق بالاموات

الى أن فرض المسئلة فيما اذا قضى القاضى بلحاقه وأما اذا لم يقض بذلك فانه لا يخرج من الوكالة عندهم جميعا بقى الكلام فى

فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابى يوسف أنه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية أصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه فى أم الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة فى الظاهر وعن محمد أنها تعود كما قال فى الوكيل

(فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا) وفى المبسوط ومحمد يقول صحت الوكالة لحق الموكل وحقه قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب ولكنه عجز عن التصرف بعارض والعارض على شرف الزوال فاذا زال يصير كأن لم يكن فيبقى الوكيل على وكالته فصار بمنزلة مالو أغمى عليه زمانا ثم أفاق (ولابى يوسف انه) أى التوكيل (اثبات ولاية التنفيذ) أى تمليك ولاية تنفيذ التصرف فى حق الموكل للوكيل لا اثبات ولاية أصل التصرف له (لان ولاية أصل التصرف) ثابتة له (باهليته) لجنس التصرف فى حد ذاته (وولاية التنفيذ بالملك) أى وتمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة (و باللحاق) أى باللحاق بدار الحرب (لحق) أى الوكيل (بالاموات) فبطل الملك (و بطلت الولاية) أى اذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة (فلا تعود) أى الولاية يعنى اذا بطلت الولاية فلا تعود (كملكه فى أم الولد والمدبر) فانه اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه تعتق أم ولده ومدبره ثم بعوده مسلما لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق فكذلك الولاية التى بطلت لا تعود وأشار بقوله لحق بالاموات الى أن وضع المسئلة فيما اذا قضى القاضى بلحاقه وأما اذا لم يقض بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عندهم جميعا كما ذكرنا من قبل قال صاحب العناية بقى الكلام فى قوله لان ولاية أصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا أن يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية أصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل و بعده والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شئ سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى أقول ان قوله لان ولاية أصل التصرف باهليته ليس بدليل على منطوق قوله انه اثبات ولاية التنفيذ حتى يتوهم انه بعيد التعلق عما استدل به عليه بل هو دليل على مفهوم ذلك وهو لا اثبات ولاية أصل التصرف كما أشرنا اليه فى شرح هذا المقام من قبل فالمعنى ان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا اثبات ولاية أصل التصرف له حتى يجوز أن تعود الوكالة بعود الوكيل مسلما كما قاله محمد لان ولاية أصل التصرف ثابتة له باهليته فى حد ذاته فلا يتصور ان يثبتها الموكل له بالتوكيل وان لم يسلم اعتبار مفهوم المخالفة فى مثل ذلك فنقول هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة المقام وهى لا اثبات ولاية التصرف له فلا اشكال على كل حال (ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا) أى وقد لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضى بلحاقه صرح به فى المبسوط وغيره (لا تعود الوكالة فى الظاهر) أى فى ظاهر الرواية (وعن محمد انها) أى الوكالة (تعود كما قال فى الوكيل) وفى السير الكبير يقول محمد يعود الوكيل على وكالته فى هذا الفصل أيضا لان الموكل اذا عاد مسلما عاد اليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم

بلحاقه (قوله ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة) أى قد لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضى باللحاق ثم عاد مسلما وعن محمد انه يعود فابو يوسف رحمه الله سوى بين عود الموكل مسلما و بين عود الوكيل مسلما بعد قضاء القاضى باللحوق حيث لا يقول بعود الوكالة فى الفصلين ومحمد رحمه الله فرق بينهما فى الظاهر والفرق ان الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة على البتات فاما بردة الوكيل لم يزل ملك الموكل فكان محل تصرف الوكيل باقيا لكنه عجز عن التصرف بعارض فاذا زال العارض صار كأن لم يكن وعن محمد رحمه الله انه سوى بينهما وقال يعود وكيلا كما كان فيهما لان الموكل

قوله لان ولاية أصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا أن يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية أصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل و بعده والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شئ سوى التوكيل فكانت ثابتة به ولو عاد الموكل مسلما بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة فى ظاهر الرواية وعن محمد أنها تعود كما فى الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد اليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضى عاد الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة فى حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه وفى حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وأبو يوسف سوى فى عدم العود بين الفصلين ولعل ايراد هذه المسئلة عند عروض العوارض المذكورة للموكل كان أنسب لكن

(قوله وورد عليه بعيب الخ) أقول هذه المسئلة متفق عليها بين أبى يوسف ومحمد على ظاهر الرواية ولذلك قال المصنف والفرق وعن أبى يوسف فتصلح للاستشهاد (قوله وقد زال بردته الخ) أقول و زال الامر بالتصرف ولم يتجدد (قوله جرد ذكرها فى هذا الموضع) أقول الضمير فى قوله ذكرها راجع الى المسئلة فى قوله ولعل ايراد هذه المسئلة

والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة فى حق الموكل على الملك وقد زال وفى حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال (ومن وكل آخر بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل أن يوكله باعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شئ ففعله بنفسه أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع

ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضى عاد الوكيل على وكالته فهذا مثله كذا فى المبسوط (والفرق له على الظاهر) يعنى أن محمدا فرق بين الفصلين أى بين ارتداد الوكيل و بين ارتداد الموكل فى ظاهر الرواية حيث قال بعود الوكالة فى ارتداد الوكيل اذا عاد مسلما فى جميع الروايات و بعدم عودها فى ارتداد الموكل اذا عاد مسلما فى ظاهر الرواية فوجه الفرق له على ظاهر الرواية أن مبنى الوكالة فى حق الموكل على الملك وقد زال) أى وقد زال ملك الموكل بردته والقضاء بلحاقه بدار الحرب فبطلت الوكالة على البتات (وفى حق الوكيل) أى ومبنى الوكالة فى حق الوكيل (على معنى قائم به) أى بالوكيل كما بيناه من قبل (ولم يزل) أى ولم يزل المعنى القائم به (باللحاق) أى بلحاق الوكيل بدار الحرب وقضاء القاضى به فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فاذا زال العارض صار كأن لم يكن كما ذكرنا فيما مر وأما أبو يوسف فسوى بين الفصلين حيث قال بعدم عود الوكالة فيهما معا (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن وكل آخر بشئ) من الاثباتات أو الاسقاطات (ثم تصرف) أى الموكل (بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) الى هنا لفظ القدورى قال المصنف (وهذا اللفظ ينتظم وجوها كثيرة) من المسائل (مثل أن يوكله) أى الآخر (باعتاق عبده) أى عبد الموكل (أو بكتابته) أى بكتابة عبده (فاعتقه) أى أعتق ذلك العبد (أو كاتبه الموكل بنفسه) فان الوكالة تبطل حينئذ (أو يوكله بتزويج امرأة) أى أو ان يوكله بتزويج امرأة معينة اياه (أو بشراء شئ) أى أو ان يوكله بشراء شئ بعينه له (ففعله بنفسه) أى ففعل الموكل ما وكل به بنفسه بان يتزوجها بنفسه أو يشتريه بنفسه فان ذلك كان عزلا للوكيل فتبطل الوكالة (أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج) وهو الموكل (ثلاثا) أى ثلاث تطليقات (أو واحدة) أى أو طلقها طلقة واحدة (وانقضت عدتها) فان الوكالة تبطل هنالك أيضا ولا يكون للموكل بعد ذلك أن يطلقها وانما قيد بالثلاث وقيد الواحدة بانقضاء العدة والمراد بها ما دون الثلاث لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل تطليقة واحدة أو ثنتين بائنة كانت أو رجعية فان للوكيل أن يطلقها ما دامت فى العدة وأما اذا طلقها الموكل تطليقات ثلاثا فلا يملك الوكيل طلاقها الا فى العدة ولا بعدها والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله أيضا قادرا عليه والا فلا كذا ذكره فى النهاية والعناية أقول فى هذا الاصل نوع اشكال اذ لطالب أن يطلب الفرق حينئذ بين هذه المسئلة و بين مسئلة التوكيل بتزويج امرأة

اذا عاد مسلما يعاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته (قوله ومن وكل آخر بشئ ثم تصرف بنفسه) أى فى ما وكل به بطلت الوكالة وفى الذخيرة الاصل فى جنس هذه المسائل ان الموكل متى أحدث تصرفا فى ما وكل ببيعه قبل بيع الوكيل ان كان تصرفا يعجز الوكيل عن البيع يخرج عن الوكالة وان كان تصرفا لا يعجزه عن البيع لا يخرج عن الوكالة لانه اذا عجز عن البيع فقد عجز عن الامتثال فبالعجز عن الامتثال يخرج الوكيل عن الوكالة اذا ثبت هذا فنقول متى باع أو وهب أو تصدق وسلم أو وطئ فاستولد فالوكيل يخرج عن الوكالة لان هذه التصرفات فى العين تعجز الوكيل عن البيع ألا ترى أن الموكل بعد احداث هذه التصرفات لا يقدر على البيع فكذا وكيله ولو وطئ ولم يستولد أو استخدم أو أذن له فى التجارة كان على الوكالة لان هذه التصرفات لا تعجز الوكيل عن البيع ألا ترى أن الموكل بعد احداث هذه التصرفات يقدر على البيع بنفسه فكذا وكيله واذا رهن أو آجر وسلم ذكر فى ظاهر الرواية انه لا يخرج عن الوكالة وعن أبى يوسف رحمه الله انه يخرج (قوله أو واحدة فانقضت عدتها)

لما ذكر العود ههنا جرد ذكرها فى هذا الموضع والله أعلم قال (ومن وكل آخر بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به الخ) ومن وكل آخر بشئ من الاثباتات أو الاسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة فاذا وكله باعتاق عبده أو بكتابته فاعتقه أو كاتبه بنفسه بطلت وكذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لانقضاء الحاجة

قال المصنف (لان الحاجة قد انقضت) أقول قال الاتقانى فلو ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وأسلمت فزوجها اياه الوكيل جاز فى قياس أبى حنيفة ولم يجز فى قول أبى يوسف ومحمد لانها صارت أمة ونكاح الامة غير معهود وغير المعهود خارج عن مراد المتكلم عندهم انتهى وقد سبق أدلة الجانبين لاصلهما فى النكاح

مخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وأبانها له أن يزوج الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه

فان الموكل هنالك لو تزوجها بنفسه ثم أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه كما صرح به فى عامة الكتب وذكره المصنف أيضا فيما بعد مع أن الموكل قادر على تزوجها بنفسه مرة أخرى فلم لم يقدر الوكيل أيضا على أن يزوجها منه مرة أخرى وعلل فى البدائع عدم قدرة الوكيل عليه بأن الامر بالفعل لا يقتضى التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما فى الاوامر الشرعية والظاهر أن هذا التعليل يقتضى أن لا يقدر الوكيل على التطليق بعد تطليق الموكل مطلقا فى مسئلة التوكيل بالطلاق أيضا فان قيل بطلان الوكالة فى مسئلة التوكيل بالتزويج بتزويج الموكل بنفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المصنف فيما بعد قلنا قد انقضت الحاجة فى مسئلة التوكيل بالطلاق أيضا بتطليق الموكل بنفسه لا يقال قد تقع الحاجة الى تكرار الطلاق تشديدا للفرقة لانا نقول قد تقع الحاجة الى التزوج مرة أخرى أيضا فلم يتضح الفرق فتامل (أو بالخلع) أى أو أن يوكله بان يخالع امرأته (فخالعها) أى فخالعها الموكل (بنفسه) فان الوكالة تبطل هنالك أيضا قال المصنف فى تعليل المسائل المذكورة كلها (لانه) أى الموكل (لما تصرف) فيما وكل به (بنفسه تعذر على الوكيل التصرف) فى ذلك لامتناع تحصيل الحاصل (فبطلت الوكالة) فى جميع ما ذكر (حتى لو تزوجها) أى لو تزوج الموكل المرأة التى وكل الآخر بتزويجها منه (بنفسه وأبانها) أى أبانها بعد أن تزوجها بنفسه (لم يكن للوكيل أن يزوجها منه) أى لم يكن للوكيل أن يزوج تلك المرأة المبانة من الموكل مرة أخرى (لان الحاجة قد انقضت) أى لان حاجة الموكل قد انقضت بتزوجها بنفسه أقول ههنا كلام أما أولا فلان تفريع هذه المسئلة بحتى على التعليل الذى ذكره لبطلان الوكالة فى المسائل المذكورة ليس بتام لان الموكل انما تصرف بنفسه فى تزوجها مرة أولى فهو الذى تعذر على الوكيل التصرف فيه على موجب التعليل المذكور وفحوى هذه المسئلة أن لا يكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة أخرى ولا تأثير فيه للتعليل المذكور لان الموكل لم يتصرف بنفسه فى هذه المرة حتى يتعذر على الوكيل التصرف فيها فالاولى أن يترك أداة التفريع ويذكر هذه المسئلة على سبيل الاستقلال كما وقع فى سائر المعتبرات وأما ثانيا فلانه ان أراد بقوله لان الحاجة قد انقضت ان الحاجة الى تزوجها مرة أولى قد انقضت فهو مسلم ولكن هذا لا ينافى بقاء الحاجة الى تزوجها مرة أخرى فلا يتم التقريب وان أراد بذلك ان الحاجة الى تزوجها مطلقا قد انقضت فهو ممنوع اذ قد يحتاج الرجل الى تزوج امرأة واحدة مرارا متعددة لاسباب داعية اليه فالاولى فى تعليل هذه المسئلة ما ذكر فى البدائع من ان الامر بالفعل لا يقتضى التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما فى الاوامر الشرعية (بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل) أى بخلاف ما اذا تزوج الوكيل المرأة التى وكل بتزويجها من الموكل (وأبانها) أى وأبانها بعد أن تزوجها حيث يكون (له أن يزوج الموكل) تلك المرأة المبانة (لبقاء الحاجة) أى لبقاء حاجة الموكل الى تزوجها (وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه)

وفى المبسوط وان وكله أن يطلقها ثم طلقها الزوج أو خالعها فان طلاق الوكيل يقع عليها ما دامت فى العدة لان الزوج بعد الطلاق والخلع مالك لايقاع الطلاق عليها فبقى الوكيل على وكالته وان انقضت عدتها لم يقع طلاق الوكيل عليها بعد ذلك لان الزوج خرج من أن يكون مالكا للايقاع عليها بعد العدة فتبطل الوكالة وكذلك ان تزوجها بعد ذلك لان تمكن الزوج من الايقاع بالسبب المتجدد والوكالة لم تتناوله فلا تعود الوكالة باعتباره وعلى هذا لو ارتد الزوج فان طلاق الوكيل يقع عليها فى العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع وان لحق بدار الحرب مرتدا فذلك بمنزلة موته فلا يقع عليها طلاق الوكيل بعد ذلك ولو أسر أهل الحرب عبدا فادخلوه فى دارهم ثم رجع الى الموكل بملك جديد بان اشتراه منهم لم يعد الوكالة ولو أخذ من المشترى منهم

بخلاف ما لو تزوجها الوكيل فابانها فان له أن يزوجها لموكله لبقاء الحاجة وكذا لو وكل بشراء شئ بعينه فاشتراه لنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المامور للآمر لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للمأمور أن يطلقها وانما قيد بقوله ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة أو ثنتين بائنة كانت أو رجعية فان له أن يطلقها ما دامت العدة والاصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك وما لا فلا وكذا اذا وكل بالخلع فخالعها (قوله لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة) متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبد فباعه بنفسه بطلت فلو رد عليه بعيب بالقضاء فعن أبى يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقضاء قاض لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالاجماع

فلو

فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض فعن أبى يوسف رحمه الله انه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رحمه الله له أن يبيعه مرة أخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال

أى فباع الموكل ذلك العبد بنفسه يعنى بطلت الوكالة فى هذه الصورة أيضا (فلو رد عليه) اى فلو رد العبد على الموكل (بعيب بقضاء قاض فعن أبى يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى) روى ذلك عنه ابن سماعة كما صرح به فى الذخيرة (لان بيعه بنفسه) أى لان بيع الموكل ذلك العبد بنفسه (منع له من التصرف) حكما (فصار كالعزل) أى فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة فلا يعود وكيلا الا بتجديد الوكالة (وقال محمد له) أى للوكيل (أن يبيعه) أى أن يبيع ذلك العبد (مرة أخرى لان الوكالة باقية لانه) أى لان الوكالة بتاويل بالتوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر وقد مر غير مرة (اطلاق) أى اطلاق التصرف وهو باق والامتناع انما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل (والعجز قد زال) أى وعجز الوكيل قد زال بعود العبد الى قديم ملك الموكل فعادت الوكالة وانما قيد الرد بالعيب على الموكل بقضاء القاضى لان الموكل اذا قبله العيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالاجماع لان الرد بغير القضاء كالعقد المبتدا فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء واعلم أنه ذكر فى المبسوط مسئلة الرد بالعيب بقضاء القاضى من غير خلاف فى جواز البيع للوكيل ووضع المسئلة فى الامة فقال ولو باعها الوكيل أو الآمر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل أن يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء بعد قبض المشترى لم يكن للوكيل أن يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدا فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث أو هبة أو غيرهما بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول فلا يثبت فيه حكم الوكالة الا بتجديد توكيل من المالك انتهى ولم يذكر الخلاف أيضا فى المسئلة المذكورة فى الاصل ولا فى الكافى للحاكم الشهيد ولا فى شرحه للامام علاء الدين الاسبيجابى ولكن ذكره القدورى فى شرحه فقال قال أبو يوسف رحمه الله ليس للوكيل أن يبيعه وقال محمد له أن يبيعه ثم اعلم ان صاحب البدائع بعد أن ذكر الخلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى المسئلة المذكورة قال ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع فى هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع والهبة ووجه الفرق له لم يتضح انتهى فقد أراد المصنف بيان وجه الفرق بينهما على قول

بالثمن أو ممن وقع فى سهمه من الغانمين بالقيمة فهو على الوكالة لانه بالاخذ بهذا الطريق يعيده الى قديم ملكه ولو وكله بان يعتق أمته ثم أعتقها المولى فارتدت ولحقت بدار الحرب فاسرت وملكها المولى لم يجز عتق الوكيل فيها لانه كان مامورا بازالة الرق الذى كان فيها وقد زال باعتاق المولى وهذا الحادث رق متجدد بتجدد السبب فلا يكون هو وكيلا بازالته (قوله فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض) وفى المبسوط ولو باعها الوكيل أو الآمر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل أن يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء قاض بعد قبض المشترى لم يكن للوكيل أن يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدأ فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث أو هبة أو غيره بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول وفى الذخيرة ولو أقاله المشترى فليس للوكيل أن يبيعه ان كانت الاقالة بعد القبض لانه بمنزلة الشراء الجديد فى حق الثالث وكذلك ان كانت الاقالة قبل القبض لان الامر قد انتهى نهايته بالبيع والمقصود من البيع هو الثمن وان فات لكن من جهة الموكل

لانه كالعقد المبتدا فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء وقال محمد له أن يبيعه مرة أخرى لان الوكالة باقية لانه الطلاق وهو باق والامتناع كان لعجز الوكيل وقد زال

بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب لانه مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له أن يبيعه والله أعلم

محمد فقال (بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب) أى الموكل (بنفسه ثم رجع) عن هبته حيث (لم يكن للوكيل أن يهب) مرة أخرى بالاجماع (لانه) أى لان الموكل الواهب بنفسه (مختار في الرجوع فكان ذلك) أى كان رجوعه مختارا (دليل عدم الحاجة الى الهبة اذ لو كان محتاجا اليها لما رجع عنها فكان دليلا على نقض الوكالة أما الرد بقضاء) أى أما رد المبيع بقضاء القاضى على الموكل البائع بنفسه فهو (بغير اختياره) أى بغير اختيار الموكل البائع (فلم يكن دليل زوال الحاجة) الى البيع أقول من العجائب ههنا أن الشارح العينى قال فى شرح قول المصنف أما الرد بقضاء أى أما رد الهبة بقضاء القاضى وفى شرح قوله بغير اختياره أى اختيار الواهب حيث زعم أن مراد المصنف بيان الفرق بين رد الهبة بالاختيار و بين ردها بقضاء القاضى وهذا مع كونه غير صحيح فى نفسه كيف غفل عن تعلق قوله بخلاف ما اذا وكله بالهبة بما سبق من مسئلة توكيله بالبيع وماذا يقول فى قوله (فاذا عاد اليه) أى الى الموكل (قديم ملكه كان له) أى للوكيل (أن يبيعه والله اعلم) فانه صريح فى أن مراده الفرق بين البيع والهبة وذكر فى التتمة قال محمد لا يشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضى بمباشرة البيع لان الوكيل بعدما باع يتولى حقوق العقد و يتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له أن يبيع له ثانيا بحكمها أما الوكالة بالهبة فتنقضى بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع الموكل فى هبته عاد اليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا انتهى قال فى البدائع ثم هذه الاشياء التى ذكرنا أنه يخرج بها الوكيل عن الوكالة سوى العزل والنهى لا يفترق الحال فيها بين ما اذا علم الوكيل بها أو اذا لم يعلم فى حق الخروج عن الوكالة لكن تقع المفارقة فيها بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن فى يده ومات العبد قبل التسليم الى المشترى يرجع المشترى على الوكيل بالثمن و يرجع الوكيل على الموكل فكذا لو دبره وأعتقه أو استحق أو كان حر الاصل وفيما اذا مات الموكل أو جن أو هلك العبد الذى وكل ببيعه أو نحو ذلك لا يرجع والفرق أن الوكيل هناك وان صار معزولا بتصرف الموكل لكنه صار مغرورا من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة أو ضمان الغرور فى الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقرر فى الموت وهلاك العبد والجنون وأخواتها فهو الفرق ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذى عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك فى يده كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكأنه قبضه بنفسه بعدما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا الى هنا لفظ البدائع

وفوات المقصود من التصرفات من جهة المتصرف لا يلحق التصرف بالعدم (قوله بخلاف ما اذا وكله بالهبة) يتعلق بقوله وقال محمد رحمه الله له أن يبيعه مرة أخرى (قوله فوهب بنفسه) ليس بقيد لانه لو وكله بان يهب عبده فوهبه الوكيل ثم رجع الموكل فى هبته لم يكن للوكيل أن يهبه مرة أخرى قال محمد رحمه الله ولا تشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضى بمباشرة البيع لان الوكيل بعدما باع يتولى حقوق العقد و يتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له أن يبيع ثانيا بحكمها أما الوكالة بالهبة تنقضى بمباشرة الهبة حتى لا يملك الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع فى هبته فقد عاد اليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا والله أعلم

*(كتاب

(كتاب الدعوى)

(كتاب الدعوى)

لما كانت الوكالة بالخصومة التى هى أشهر أنواع الوكالات سببا داعيا الى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لان المسبب يتلو السبب ثم ان ههنا أمورا من دأب الشراح بيان أمثالها فى أوائل الكتب وهى معنى الدعوى لغة وشرعا وسببها وشرطها وحكمها ونوعها فقال صاحب العناية وهى فى اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفى عرف الفقهاء مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بان المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجىء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة الا أن تأول بالمشروط بالمطالبة أقول هذا ساقط لان كون المطالبة من شرائط صحة الدعوى لا ينافى استقامة تعريف نفس الدعوى بها اذ المباينة لصحة الشئ لا تقتضى المباينة لذلك الشئ ألا يرى أن كل شئ مباين لصحته لكونها وصفا مغايرا له وليس بمباين لنفسه قطعا غاية ما لزم ههنا أن يكون صحة الدعوى مشروطا بالمطالبة التى هى نفس الدعوى ولا محذور فيه فان صحة الدعوى وصف لها وتحقق الوصف مشروط بتحقق الموصوف دائما وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها اللغوى والشرعى على وجه البسط والتفصيل وأما سببها فما هو السبب الذى ذكرناه فى النكاح والبيوع لان دعوى المدعى لا تخلو اما أن تكون أمرا راجعا الى بقاء نسله أو أمرا راجعا الى بقاء نفسه وما يتبعهما وكلاهما قد ذكرا وأما شرط صحتها على الخصوص فمجلس القضاء لان الدعوى لا تصح فى غير هذا المجلس حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعى ومن شرائط صحتها أيضا أن يكون دعوى المدعى على خصم حاضر وأن يكون المدعى به شيئا معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب لما أن الفاسدة من الدعوى هى أن لا يكون الخصم حاضرا وأن يكون المدعى به مجهولا لان عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضى القضاء به وأن لا يلزم على المطلوب شئ بدعواه نحو أن يدعى انه وكيل هذا الخصم الحاضر فى أمر من أموره فان القاضى لا يسمع دعواه هذه اذا أنكر الآخر لانه يمكنه عزله فى الحال وأما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا ولهذا وجب على القاضى احضاره مجلس الحكم حتى يوفى ما استحق عليه من الجواب وأما أنواعها فشيآن دعوى صحيحة ودعوى فاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها أحكامها وهى احضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين اذا أنكر وفى مثل هذه الدعوى يمكن اثبات المدعى بالبينة أو بالنكول والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الاحكام وفساد الدعوى باحد معنيين اما أن لا يكون ملزما للخصم شيئا وان ثبتت على ما قلنا من أن يدعى على غيره أنه وكيله والثانى أن يكون مجهولا فى نفسه والمجهول لا يمكن اثباته بالبينة فلا يتمكن القاضى من القضاء بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول انتهى أقول فى تحريره نوع اختلال واضطراب فان قوله وأما شرط صحتها على الخصوص الى قوله وان يتعلق به حكم على المطلوب يدل على أن لصحتها شروطا أربعة وهى مجلس القضاء وحضور الخصم وكون المدعى به شيئا معلوما وأن يتعلق به حكم على المطلوب و يقتضى هذا أن يكون فسادها باحد أمور أربعة وهى انتفاء آن هذه الشروط الاربعة وأن قوله لما أن الفاسدة من الدعوى هى أن لا يكون الخصم حاضرا الى قوله لانه يمكنه عزله فى الحال يشعر بان فسادها انما هو بامور ثلاثة وهى عدم حضور الخصم وأن يكون المدعى به مجهولا وان لا يلزم على المطلوب شئ بالدعوى بناء على أن المعرف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ كما فى قوله ان الفاسدة من الدعوى فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والامام من قريش على ما عرف فى علم العربية وان قوله وفساد الدعوى باحد معنيين الخ يدل على أن فسادها باحد الامرين لا غير لان اضافة المصدر كما فى قوله وفساد الدعوى تفيد القصر

(كتاب الدعوى)

هى اسم للادعاء الذى هو مصدر ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعى وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ وألفها للتأنيث فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى والدعوى فى الحرب أن

(كتاب الدعوى)
لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة وهى فى اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفى عرف الفقهاء ما تقدم وهى مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطى المعاملات

(كتاب الدعوى)
(قوله وهى مطالبة حق الخ) أقول فيه أن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجىء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة الا أن تأوله بالمشروط بالمطالبة

لان المدعى به اما أن يكون راجعا الى النوع أو الشخص وشرطها حضور خصمه ومعلومية المدعى به وكونه ملزما على الخصم فان ادعى على غائب لم تسمع وكذا اذا كان المدعى به مجهولا لعدم امكان القضاء ولو ادعى أنه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لامكان عزله فى الحال وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على الخصم بالنفى أو الاثبات وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد

قال (المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه فمنها ما قال فى الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد

نحو ضرب زيد فى الدار على ما نص عليه العلامة التفتازانى فى شرح التلخيص ثم ان قوله وأما أنواعها فشيآن لا يخلو عن مسامحة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطاة (قال) أى القدورى فى مختصره (المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فى متنه المدعى من لا يجبر على الخصومة وقال فى شرحه لم يقل اذا تركها كما قال القدورى ومن تبعه لانه غير مجبور حالتى الترك والفعل والقيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى أقول فيه بحث اذ على تقدير ترك قيد الترك يلزم أن ينتقض تعريف المدعى بالمدعى عليه حالة الفعل فانه يصدق عليه فى هذه الحالة انه لا يجبر على الخصومة ضرورة عدم تصور الجبر على الفعل حالة حصوله وأما ايهام القيد المذكور الاختصاص فممنوع لاندفاعه بشهادة ضرورة العقل على عدم تصور الجبر حالة الفعل (ومعرفة الفرق بينهما) أى بين المدعى والمدعى عليه (من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى) فان النبى صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعى واليمين على من أنكر والانسان قد يكون مدعيا صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما فى المودع اذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر فى الكتاب فلا بد من معرفتهما (وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه) أى فى الفرق بينهما (فمنها ما قال فى الكتاب) يعنى مختصر القدورى (وهو حد عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة) وهى البينة أو الاقرار أو النكول على قول من يرى أنه ليس باقرار كما سيعلم فى باب اليمين (كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد) قال صاحب العناية وهو ليس بعام أى جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة انتهى أقول يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين أحدهما أنه يقبل

يقول البأس لفلان وأما قوله دعواهم فيها سبحانك اللهم فمعناها الدعاء والدعوة بالفتح المدعاة وهى المادبة وبالكسر فى النسب وقيل الدعوى فى اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وقيل عبارة عن اضافة الشئ الى نفسه حالة المسالمة والمنازعة وأما شرعا فيراد به اضافة الشئ الى نفسه فى حالة مخصوصة وهى حالة المنازعة ولهذا قال عليه السلام البينة على المدعى وقيل المدعى لغة من يقصد ايجاب الحق على الغير الا أن اطلاق اسم المدعى فى عرف اللسان يتناول من لا حجة له ولا يتناول من له حجة فان القاضى يسميه مدعيا قبل اقامة البينة وأما بعد اقامة البينة يسميه محقا لا مدعيا ويقال لمسيلمة لعنه الله مدعى النبوة وشرط صحتها مجلس القضاء فالدعوى فى غير مجلس القضاء لا تصح حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابها ومن شرائط صحتها أيضا أن تكون دعوى المدعى على خصم حاضر وأن يكون المدعى شيأ معلوما وأن يتعلق به حكم على المطلوب ولهذا لو ادعى انه وكيل هذا الخصم الحاضر فى أمر من أموره فان القاضى لا يسمع دعواه هذه اذا أنكر الآخر لانه يمكنه عزله فى الحال وأما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا ولهذا وجب على القاضى احضاره مجلس الحكم حتى يوفى ما استحق عليه من الجواب وهى نوعان صحيحة وفاسدة (قوله ومعرفة الفرق بينهما) أى بين المدعى والمدعى عليه من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى (قوله كذى اليد) فانه اذا قال هو لى كان له ما لم

المظنون ببقائها وفى دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها على كثرة قال (المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة الخ) الدعوى لا تحصل الا من مدع على مدعى عليه فمعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى فان النبى صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعى واليمين على من أنكر فلا بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال فى الكتاب يعنى القدورى المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وهو حد عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة يعنى البينة أو الاقرار كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد وهو ليس بعام أى جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح لان المدعى عليه

(قوله لما أن يكون راجعا الى النوع) أقول كما فى دعوى النسب (قوله بل من حيث) أقول للتعليل (قوله يعنى البينة أو الاقرار) أقول أى باقرار (قوله لعدم تناوله صورة المودع) وقيل أقول اذ لا يصدق عليه أنه لا يستحق الا بحجة حيث يقبل قوله أيضا مع المدعى عليه يمينه بل هو لا يستحق لشئ وهذا هو الاولى فى توجيه النقض (قوله اذا ادعى رد الوديعة) أقول فانه لا يستحق لشئ (قوله ولعله غير صحيح لان المدعى عليه الخ) أقول قد مر فى الدرس السابق أن لدوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء مع أن فى العدول من أن يقول

فى تلك الصورة قول المودع مع يمينه كما سيجئ فى الكتاب فلا يصدق عليه أنه لا يستحق الا بحجة وثانيهما ان المودع فى تلك الصورة لا يستحق شيأ فلا يصدق عليه أنه يستحق بحجة أقول يمكن الجواب عن الوجهين معا بانه سيجئ فى الكتاب أن الاعتبار عند الحذاق من أصحابنا للمعانى دون الصور فلهذا أن المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان فيجوز أن يكون مدار التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورة فحينئذ لا ضير فى عدم تناول تعريف المدعى صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة لعدم كونه مدعيا حقيقة أو معنى ويمكن جواب آخر عن الوجه الاول بان المودع من حيث انه مدع رد الوديعة لا يستحق الا بحجة وأما استحقاقه بقوله فانما هو من حيث انه مدعى عليه وبالجملة قيد الحيثية معتبر وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى أقول ويمكن الجواب عن هذا أيضا بان دفع استحقاق غيره لا ينافى استحقاق نفسه بل يقتضيه بناء على أن الحقوق لا تتحقق بدون المستحق فكون المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لا ينافى صحة تعريفه بمن يكون مستحقا بقوله وعن هذا قال صاحب الكافى وصاحب الكفاية فى بيان تعريف المدعى عليه بمن يكون مستحقا بقوله من غير حجة فانه اذا قال هو لى كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه فان قلت صيغة الفعل تفيد التجدد والحدوث على ما تقرر فى علم العربية فيكون معنى من يكون مستحقا بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع ان استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقيا على ما كان عليه قبل الدعوى قلت هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها أيضا بان يقال المراد بمن يكون مستحقا بقوله من يكون ثابتا على الاستحقاق بقوله على أن يكون مستحقا مجازا عن ثابتا على الاستحقاق بقرينة قوله كذى اليد ونظير هذا ما ذكره المفسرون فى قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم فالذى يلزم حينئذ من صيغة الفعل فى تعريف المدعى عليه بما ذكر أن يتجدد الثبات على الاستحقاق لا ان يتجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه وأجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال قد مر فى الدرس السابق ان لدوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء مع أن فى العدول من أن يقول من يستحق بقوله الى قوله من يكون مستحقا قوله ايماء الى دفع هذا الكلام لان معناه من يكون استحقاقه دائما لدلالة الاسم على الدوام والثبات اه أقول فى كل من شقى جوابه نظر أما فى شقه الاول فلانا سلمنا أن لدوام التصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر فى أوائل الباب السابق ولكن لا نسلم أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فتامل وأما فى شقه الثانى فانه لا يذهب على من له دراية بالعلوم الادبية أنه لا فرق بين أن يقول من يستحق بقوله وبين قوله من يكون مستحقا بقوله فى افادة التجدد والحدوث لان صلة من فى كل واحد منهما جملة فعلية فتدل على التجدد والحدوث قطعا وكون الخبر اسما فى الثانية مما لا مدخل له فى افادة الدوام والثبات أصلا على ان الثقات من محققى النحاة كالرضى وأضرابه صرحوا بان ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذى يدل عليه صيغة الفعل الناقص اما ماضيا أو حالا أو استقبالا فكان للماضى ويكون للحال والاستقبال وكن للاستقبال وقال الفاضل الرضى وذهب بعضهم الى ان كان يدل على استمرار مضمون الخبر فى جميع الزمن الماضى وشبهته قوله تعالى وكان الله سميعا بصيرا وذهل ان الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كون الله سميعا بصيرا لا من لفظ كان ألا يرى أنه يجوز كان زيد نائما فاستيقظ وكان قياس ما قال أن يكون كن ويكون للاستمرار أيضا وقول المصنف فكان تكون ناقصة لثبوت خبرها دائما أو منقطعا رد على ذلك القائل يعنى أنه يجئ دائما كما فى الآية ومنقطعا كما فى قولك كان زيد قائما ولم يدل لفظ كان على أحد الامرين بل ذلك الى القرينة الى هنا كلامه فقد تقرر من هذا انه لا دوام فى مضمون خبر كان عند المحققين وانما ذهب اليه بعض ذهولا وأما الدوام فى خبر يكون الذى كلامنا فيه فمما لم يذهب اليه أحد قط فما ذكره ذلك المجيب خارج عن قواعد العربية بالكلية نعم لو كان المذكور فى التعريف من هو

يثبت الغير استحقاقه

من يدفع استحقاق غيره

من يستحق بقوله الى قوله من يكون مستحقا ايماء الى دفع هذا الكلام لان معناه من يكون استحقاقه دائما لدلالة الاسم على الدوام والثبات

وقيل المدعى من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر و بمعناه قول من قال المدعى كل من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا والمدعى عليه من ادعى ظاهرا او قرار الشئ على ماهيته والظاهر كون الاملاك فى يد الملاك و براءة الذمم فالمدعى هو من يريد ازالة الظاهر والمدعى عليه يريد قراره على ما كان عليه ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس بمتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال لان المديون يدعى براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا و يجوز أن يورد بالعكس بانه مدع و يتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان وقال محمد فى الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على من أنكر و روى اليمين على المدعى عليه لكن الشان فى معرفة من أنكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من

(قوله ولعله منقوض بالمودع الخ) أقول و يندفع باعتبار قيد الحيثية فى كلا التعريفين

وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رحمه الله فى الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان فى معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعانى دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان

مستحق بقوله بالجملة الاسمية تم الفرق وليس فليس (وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر) قال صاحب العناية ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس بمتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال لان المديون يدعى براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا و يجوز أن يورد بالعكس بانه مدع و يتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان اه أقول فيه بحث اذ لا نسلم ان المودع من حيث هو مدعى عليه ليس هو بمتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر قلنا مسلم لكن لا نسلم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو الظاهر وكذا لا نسلم انه من حيث هو مدع يتمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية ملتمس غير الظاهر وهو رد الوديعة والحاصل ان صاحب العناية زعم حيثية كون المودع مدعيا حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فاورد النقض على تعريفهما وليس الامر كما زعمه كيف ولو تم ما زعمه لورد النقض بالمودع اذا ادعى رد الوديعة على التعريف الاول أيضا بانه مدع رد الوديعة و يجبر على الخصومة مع انهم اتفقوا على انه حد عام صحيح ثم ان ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار جانب الصورة أيضا فيما اذا ادعى المودع رد الوديعة وأما على تقدير أن كان المعتبر هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرناه من قبل وسيجىء فى الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس أصلا واعترض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية ههنا حيث قال فيه كلام وهو ان فى صورة الوديعة ليس فى ذمة المودع شئ من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل بل انما هى مجرد انكار الضمان وثبوت الشئ فى ذمته بخلاف صورة الدين وأشير الى هذا فى الكافى اه أقول نعم قد أشير اليه بل صرح به فى الكافى وعامة الشروح والظاهر ان صاحب العناية رآه واطلع عليه ولكن بعد ذلك له أن يقول سلمنا ان فى صورة الوديعة ليس فى ذمة المودع شئ من المال ولكن فى عهدته حفظ مال الوديعة اذ قد تقرر فى كتاب الوديعة انها عقد استحفاظ وان حكمها وجوب الحفظ على المودع فكان دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ والفراغ ليس باصل بعد الاشتغال فيمشى كلامه و يتم مرامه وأما قوله ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الخ فيجوز أن يكون مبنيا على مجرد الاشتراك بين المسئلتين فى كون الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال وان كانتا مختلفتين بكون الاشتغال فى احداهما بالمال وفى الاخرى بالحفظ فالذى يقطع عرق ايراد صاحب العناية ههنا ما قدمناه لا غير (وقال محمد رحمه الله فى الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح) لما ورد من قول النبى صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر وروى اليمين على المدعى عليه (لكن الشان فى معرفته) أى معرفة المنكر (والترجيح بالفقه) أى بالمعنى دون الصورة (عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعانى دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان) تعليل لقوله فالقول له مع اليمين قال صاحب العناية يعنى اذا تعارض الجهتان فى صورة فالترجيح لاحداهما على الاخرى يكون بالفقه أى باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال

(قوله من يتمسك غير الظاهر) كما اذا ادعى دينا بوجه من الوجوه على آخر فالبينة على المدعى لدعواه أمرا عارضيا وشغل ذمته بحقه والظاهر عدمه والمدعى عليه هو المنكر لتمسكه بالاصل وهو براءة ذمته وهو الظاهر وكذا الظاهر أن تكون الاملاك فى يد الملاك فكان الخارج متمسكا بخلاف الظاهر (قوله والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا) أى بالمعنى اذ الاعتبار للمعانى دون الصور والمبانى فانه قد

رددت الوديعة فهو يدعى الرد صورة فلو أقام على ذلك بينة قبلت والقول له مع يمينه أيضا فكان مدعى عليه فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه اه أقول شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح أما أولا فلانه غير مطابق للمشروح لان قول المصنف والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعانى دون الصور صريح فى ان المعتبر هو المعانى لا غير وقول صاحب العناية فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها مخالف له لانه صريح فى أن الصورة أيضا معتبرة فيصير هذا من قبيل العمل بالجهتين لا من قبيل ترجيح احداهما على الاخرى وأما ثانيا فلان أول هذا الشرح مخالف لآخره فان قوله فى الاول اذا تعارض الجهتان فى صورة فالترجيح لاحداهما على الاخرى يكون بالفقه أى باعتبار المعنى دون الصورة صريح فى ان المعتبر جهة المعنى دون جهة الصورة وقوله فى الآخر فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها صريح فى ان كلتا الجهتين معتبرتان ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه كلام صاحب العناية ههنا وتبيين مرامه فقال المراد بالجهتين الانكار الصورى والانكار المعنوى لا الادعاء الصورى والانكار المعنوى على ما يتوهم من ظاهر كلامه فان كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضا فلا يظهر ترجيح المعنوى اه أقول هذا أيضا غير صحيح أما أولا فلان الشرح لا يطابق المشروح حينئذ أيضا فان قول المصنف لان الاعتبار للمعانى دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة يدل قطعا على أن المراد بالصورة ههنا أولا فلأن الشرح الصورى حيث جعل الصورة قيد الادعاء فى قوله وان كان مدعيا للرد صورة وأما ثانيا فلانه لا معنى للتعارض بين الانكار الصورى والانكار المعنوى لانه اما أن يراد بالتعارض ههنا مجرد التخالف فى الحقيقة أو التنافى فى الصدق وكلاهما غير متحقق بين الانكار الصورى والانكار المعنوى أما عدم تحقق الاول بينهما فظاهر وأما عدم تحقق الثانى بينهما فلان المنكر المعنوى فيما اذا قال المودع رددت الوديعة هو المودع بالفتح حيث ينكر الضمان والمنكر الصورى هو المودع بالكسر حيث ينكر الرد ولا تنافى بين انكاريهما فى الصدق لجواز أن يصدقا معا بان لا يرد المودع الوديعة ولا يجب الضمان عليه لهلاك الوديعة فى يده من غير تعد منه فاذا لم يتحقق شئ من معنى التعارض بينهما فكيف يصح أن يحمل عليه الجهتان فى قوله يعنى اذا تعارض الجهتان وأيضا انما يتصور التعارض بين الشيئين عند اجتماعهما فى محل واحد ومحل الانكار الصورى مغاير لمحل الانكار المعنوى فيما نحن فيه لقيام أحدهما بالمودع بالكسر والآخر بالمودع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما بخلاف الادعاء الصورى والانكار المعنوى فانه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الاول قطعا ومحلهما واحد وهو المودع بالفتح فكان موقعا للتعارض ونعم ما قيل *وان يصلح العطار ما أفسد الدهر* ثم ان الحق عندى أن يشرح هذا المقام على ما تقتضيه عبارة المصنف وهو انه اذا تعارضت الجهتان أى جهة الادعاء الصورى وجهة الانكار المعنوى فالترجيح بالفقه أى بالمعنى عند الحذاق من أصحابنا فان الاعتبار للمعانى دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع يمينه بناء على انه ينكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعيا للرد صورة وأن يقال فى وجه قبول بينة المودع فى تلك الصورة انما تقبل بينة المودع اذا أقامها على الرد لدفع اليمين عنه فان البينة قد تقبل لدفع اليمين على ما صرحوا به فى مواضع شتى من كتب الفقه منها ما ذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية فى مسئلة اختلاف الزوجين فى قدر المهر حيث قال ان المرأة تدعى الزيادة فان أقامت بينة قبلت وان أقام الزوج تقبل أيضا لان البينة تقبل لدفع اليمين كما اذا أقام المودع بينة على رد الوديعة على المالك تقبل

أصحابنا يعنى اذا تعارض الجهتان فى صورة فالترجيح لاحداهما على الاخرى يكون بالفقه أى باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعى الرد صورة فلو أقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه أيضا فكان مدعى عليه فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه

(قوله يعنى اذا تعارض الجهتان الخ) أقول المراد بالجهتين الانكار الصورى والانكار المعنوى لا الادعاء الصورى والانكار المعنوى على ما يتوهم من ظاهر كلامه فان كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضا فلا يظهر ترجيح المعنوى

يوجد الكلام من الشخص فى صورة الدعوى وهو انكار معنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مدع للرد صورة وهو منكر لوجوب الضمان معنى ولهذا يحلفه القاضى اذا ادعى الرد انه لا يلزمه رد ولا ضمان ولا يحلفه انه رده لان اليمين يكون أبدا على النفى فان قيل المودع يدعى الرد متمسك بما ليس بثابت اذ الرد لم يكن ثابتا وهو يدعيه والمودع يتمسك بما هو ثابت وهو عدم الرد فانه كان ثابتا وهو يدعيه فكان ينبغى أن يكون المودع هو المدعى والمودع هو المنكر قلنا المودع يدعى فراغ ذمته عن الضمان وهو أصل والمودع يدعى شغل ذمته

قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما في جنسه وقدره الخ) قد ذكرنا أن معلومية المدعى به شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يعينه من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهما أو دينارا أو كرا لان فائدة الدعوى الالزام باقامة الحجة والالزام في المجهول غير متحقق فان كان المدعى به عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحكم للاشارة اليها في الدعوى والشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط نفيا للجهالة وذلك في المنقول بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة أبلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الاوصاف فان اشتراك شخصين فيها ممكن فاذا حضر شخص عند حاكم وقال لي على فلان كذا درهما مثلا أشخص اليه لان الصحابة رضي الله عنهم فعلوا كذلك فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم على هذا القضاة من أولهم الى آخرهم أي أجمعوا والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل أولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عن الطلب فاذا حضر وجب عليه الجواب بالاقرار أو الانكار ليفيد حضوره ولزم عليه احضار المدعى به لما قلنا من الاشارة اليها ولزم عليه اليمين اذا أنكره وعجز المدعي عن اقامة البينة وسنذكره أي وجوب اليمين عليه في آخر هذا الباب

(قوله فان كان المدعى به عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحاكم للاشارة اليها) أقول يعني كلف المدعى عليه احضار تلك العين للاشارة الى تلك العين (قوله بالاشارة والاشارة أبلغ في التعريف لكونها الخ) أقول يعني لكون الاشارة (قوله لان الصحابة رضي الله عنهم فعلوا كذلك) أقول فيه تأمل (قوله على هذا القضاة من أولهم الى آخرهم) أقول الموافق لظاهر عبارة الهداية من آخرهم الى أولهم (قوله أي أجمعوا الخ) أقول يجوز أن يكون تفسير المتعلق على هذا القضاة وأن يكون تفسيرا لقوله من أولهم الى آخرهم

قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما في جنسه وقدره) لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق (فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك

اهـ فحينئذ يتضح المراد ويرتفع الفساد (قال) أي القدوري في مختصره (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما في جنسه) كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك (وقدره) مثل كذا وكذا درهما أو دينارا أو كرا واعلم ان هذا في دعوى الدين لا في دعوى العين فان العين اذا كانت حاضرة تكفي الاشارة اليها بان هذه ملك لي وان كانت غائبة يجب ان يذكر قيمتها على ما سيفصل فان قلت عبارات الكتاب لا تدل على التقييد قلت نعم الا أن العبارة وقعت كذلك في عامة معتبرات المتون فلعلها بناء على انفهام المراد بما يذكر بعدها من تفصيل أحوال دعوى الاعيان ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة في شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بيناه ايضاحا للمقام وأما بعض المتأخرين فلما فهموا الخفاء فيها غيروها في متونهم الى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه المخصوصة قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة (لان فائدة الدعوى الالزام) أي الالزام على الخصم (بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق) أقول فيه بحث وهو أن عدم تحقق الالزام في المجهول ممنوع اذ قد تقرر في كتاب الاقرار أن الاقرار بالمجهول صحيح وقد مر في صدر كتاب الدعوى أن حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم اما بالاقرار واما بالانكار فعلى تقدير ان أجاب الخصم بالاقرار يمكن الالزام عليه في المجهول أيضا لكونه مؤاخذا باقراره فينبغي أن تصح الدعوى فيه أيضا لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالاقرار وبالجملة أن الالزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الاقرار فان لم يتصور الاول في دعوى المجهول يتصور الثاني فيها فلا يتم المطلوب لا يقال اقرار الخصم محتمل لا محقق فلا يتحقق الالزام في دعوى المجهول بل يحتمل لانا نقول المراد بتحقق الالزام الذي عد فائدة الدعوى امكان تحققه دون وقوعه بالفعل والا يلزم أن لا تتحقق الفائدة في كثير من دعاوى المعلوم أيضا كما اذا عجز المدعى عن البينة ولم يقر الخصم بما ادعاه بل أنكر وحلف اذ حينئذ لا يقع الالزام بالفعل قطعا (فان كان) أي المدعى (عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها) أي كلف المدعى عليه احضار العين المدعاة الى مجلس الحكم (ليشير) أي المدعى (اليها بالدعوى) هذا الذي ذكر لفظ القدوري في مختصره قال المصنف (وكذا في الشهادة والاستحلاف) يعني اذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استحلف المدعى عليه عليها كلف احضارها الى مجلس الحكم ليشير الشهود اليها عند أداء الشهادة وليشير المدعى عليه اليها عند الحلف (لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك

وانه لم يكن ثابتا ولهذا تقبل بينته اذا أقامها اعتبارا للصورة ويجبر على الخصومة ويحلف اعتبارا للمعنى (قوله ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما في جنسه وقدره) اعلم أن الدعوى نوعان صحيحة وفاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها أحكامها وهي احضار الخصم والمطالبة بالجواب ووجوب الحضور ووجوب الجواب واليمين اذا أنكر والاثبات بالبينة ولزوم احضار المدعى والفاسدة ما لا تتعلق بها الاحكام التي بيناها والفساد باحد معنيين اما أن لا تكون ملزمة شيأ على الخصم اذا ثبت كمن ادعى على غيره انه وكيله أو يكون المدعى مجهولا في نفسه لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام لا يتحقق في المجهول لان القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول ببينة المدعى ولا بنكول المدعى عليه (قوله في جنسه) بان قال حنطة مثلا وقدره بان قال عشرة أقفزة حنطة وفي الذخيرة فان كان المدعى مكيلا فانما تصح الدعوى اذا ذكر المدعى جنسه بانه حنطة أو شعير ويذكر مع ذلك

قال (وان لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها) يعني اذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدرى مكانها لزم المدعى ذكر قيمتها (ليصير المدعى به معلوما) وذكر الوصف ليس بكاف (لان العين لا تعرف بالوصف) وان بولغ فيه لامكان المشاركة فيه كما مر فذكره في تعريفها غير مفيد (والقيمة) شيء (تعرف به) العين فذكرها يكون مفيدا وقوله (وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف يعني والحال ان المشاهدة تعذرت واغلاق تركيبه لا يخفى

قال المصنف (وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما) أقول قال العلامة النسفي في الكافي ان المدعى ان لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا أدري أنه هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به انتهى وعزاه الى القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة وقال العلامة الزيلعي في شرح الكنز فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود أيضا بل أولى لانهم أبعد عن ممارسته قال المصنف (والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين) أقول حال من الضمير المستتر في قوله تعرف به والعين تقوم مقام العائد الى ذي الحال لاتحاده معه ويجوز أن يتنازع قوله تعرف بالوصف وقوله تعرف به في الحال (قوله اذا وقع الدعوى الى قوله فذكرها يكون مفيدا) أقول يعني أن العين لا تعرف بالوصف وان بولغ في الوصف لامكان المشاركة في الوصف كما مر فذكر الوصف في تعريف العين الغائبة غير مفيد والقيمة شيء تعرف به العين فذكر القيمة يكون مفيدا (قوله جملة حالية من قوله لان العين الخ) أقول بل من قوله القيمة تعرف به فانه أقرب لفظا ومعنى

بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة أبلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا أنكره وسنذكره ان شاء الله تعالى قال (وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما) لان العين لا تعرف بالوصف

بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف) حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر القاضي عندها أو بعث أمينا كذا في الكافي وغيره (ويتعلق بالدعوى) أي بالدعوى الصحيحة أي بمجردها كذا في النهاية ومعراج الدراية (وجوب الحضور) أي وجوب حضور الخصم مجلس القاضي (وعلى هذا القضاة) أي على وجوب حضور الخصم مجلس القاضي بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل أولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب (من آخرهم) أي من آخرهم الى أولهم وقال صاحب النهاية أي باجمعهم وهذا أيضا صحيح بالنظر الى المآل وقال تاج الشريعة أي من أولهم الى آخرهم واقتفى أثره صاحب العناية وهذا بعيد عن عبارة المصنف كما لا يخفى (في كل عصر) فان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فعله وعثمان وعلي رضي الله عنهما فعلا ذلك والتابعون بعد الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فعلوا ذلك من غير نكير منكر وابن أبي ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر عليه أبو حنيفة رحمه الله الى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الاجماع (ووجوب الجواب اذا حضر) عطف على وجوب الحضور أي ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم او بلا (ليفيد حضوره) أي حضور الخصم فان المقصود من حضوره الجواب (ولزوم احضار العين المدعاة) أي ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا لزوم أن يحضر المدعى عليه العين المدعاة الى مجلس القاضي (لما قلنا) اشارة الى قوله ليشير اليها بالدعوى (واليمين) بالجر عطف على احضار العين المدعاة فالمعنى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا لزوم اليمين على المدعى عليه (اذا أنكره) أي اذا أنكر المدعى عليه ما ادعاه المدعي وعجز المدعي عن البينة (وسنذكره ان شاء الله تعالى) أي وسنذكر لزوم اليمين على المدعى عليه في آخر هذا الباب (قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها) هذا لفظ القدوري في مختصره أي وان لم تكن العين المدعاة حاضرة في يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدرى مكانها ذكر المدعي قيمة العين المدعاة الغائبة (ليصير المدعى معلوما) فتصح الدعوى بوقوعها على معلوم (لان العين لا تعرف بالوصف) لامكان

نوعا انها سقية أو برية خريفية أو ربيعية ويذكر مع ذلك صنفها انها جيدة أو وسطة أو رديئة ويذكر قدرها بالكيل فيقول كذا قفيزا لان المقدار في الحنطة الكيل ويذكر بقفيز كذا لان القفزان تتفاوت في ذاتها ويذكر سبب الوجوب لان أحكام الدين تختلف باختلاف أسبابها فانه اذا كان بسبب السلم يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء ليقع التحرز عن الاختلاف ولا يجوز الاستبدال به قبل أن يقبض وان كان من ثمن بيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط فيه بيان مكان الايفاء (قوله وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها) وفي الذخيرة وان وقعت الدعوى في عين غائب لا يعرف مكانه بان ادعى رجل على رجل انه غصب منه ثوبا أو جارية لا يدري انه قائم أو هالك فان بين الجنس والصفة والقيمة فدعواه مسموعة مقبولة وان لم يبين القيمة أشار في عامة الكتب انها مسموعة لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف لبيان القيمة لتضرر به وقال الامام فخر الاسلام البزدوي رحمه الله اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي أن يكلف المدعي لبيان القيمة فاذا كلفه ولم يبين يسمع لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه لبيان القيمة فقد أضر به اذ يتعذر عليه الوصول

والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة

مشاركة أعيان كثيرة فيه وانه بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد (والقيمة تعرف به) أي والقيمة شئ تعرف العين به فذكرها يفيد (وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله والقيمة تعرف به أي والقيمة شئ تعرف به يعني والحال ان المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة اذ ذاك أقصى ما يمكن الاعلام وقد جعل صاحب العناية الجملة المزبورة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف فعليك الاختبار ثم الاختيار (وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة) قال صاحب الكافي نقلا عن القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة وان كان العين غائبا وادعى انه في يد المدعى عليه فانكران بين المدعى قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا أدرى أنه هالك أم قائم ولا أدرى كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به اه وقال صاحبا النهاية والكفاية نقلا عن الامام فخر الاسلام البزدوى اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي أن يكلف المدعى بيان القيمة واذا كلفه ولم يبين تسمع دعواه لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه بيان القيمة فقد أضر به اذ يتعذر عليه الوصول الى حقه ثم قال واذا سقط بيان القيمة من المدعى سقط عن الشهود بالطريق الاولى اه وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد نقل ما ذكر في الكافي فاذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود أيضا بل أولى لانهم أبعد عن ممارسته اه وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل ما في الكافي أقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا أنكر والجبر على البيان اذا أقر أو نكل عن اليمين فليتأمل فان كلام الكافي لا يكون كافيا الا بهذا التحقيق الحمد لله على التوفيق انتهى أقول يرد عليه أن ما ذكره من الفائدة جار في جميع صور دعوى المجهول دينا كان أو عينا فيقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا مع أنهم صرحوا بان من شرائط صحة الدعوى كون المدعى معلوما غير مجهول وان رواية صحة دعوى العين مع جهالة القيمة انما وردت في دعوى العين الغائبة فقط ويمكن أن يقال في دفعه ان مجرد جريان الفائدة المذكورة في جميع صور دعوى المجهول لا يقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا بل لا بد لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غير فائدة مترتبة عليها وقد بينوا تحقق العلة المقتضية لصحة الدعوى في صورة دعوى العين الغائبة المجهولة وهي ان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به وبقي بيان ان فائدة فيها فبينها صاحب الدرر والغرر بخلاف سائر صور دعوى المجهول اذ لم يتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة المذكورة فيها ولكن يرد حينئذ أن يقال ان مثل تلك العلة المذكورة يتحقق في غير تلك الصورة أيضا من صور دعوى المجهول كما اذا كان اورث رجل ديون في ذمم الناس ولم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها أو لم يعرف أحدهما فلو كلف ذلك الوارث في دعوى تلك الديون على المديون ببيان جنسها أو قدرها لتضرر به اذ الانسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال في يد مورثه فضلا عن أن يعرفهما عند كونه في ذمم الناس فينبغي أن تصح دعوى مثل تلك الديون المجهولة مثل ما قيل في صحة دعوى الأعيان الغائبة المجهولة مع انه مما لم يقل به أحد ثم أقول الظاهر من قولهم واذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود بالطريق الاولى أن في دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعى وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به لكنه مشكل جدا فان القاضي بعد ان سمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة لم يحكم للمدعى على المدعى عليه والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به في صدر كتاب الدعوى حيث قالوا ان من شروط صحة الدعوى كون المدعى معلوما وعللوه بعدم امكان القضاء بالمجهول لا يقال القاضي يجبر المدعى عليه ببيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول لانا نقول

الى حقه واذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط من الشاهد بالطريق الاولى (قوله والقيمة تعرف به) أي

(وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة) بناء على أن القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك عند أبي حنيفة لان حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده فانه صحح الصلح عن المغصوب على أكثر من قيمته فلو لم يكن عين المستهلك ملكا له لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة والصلح على أكثر من جنس الدين لا يجوز واذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضي فلا بد من ذكر الذكورة والانوثة ومن المشايخ من أبى ذلك لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة الى ذكر الذكورة والانوثة

(قوله على أكثر من قيمته) أقول كما سيجيء في كتاب الصلح

قال

قال (وان ادعى عقارا حدده وذكر أنه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به) لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد

الجبر عليه انما يصح لو أقر بما ادعى عليه على الجهالة فان التجهيل حينئذ يصير من جهته حيث أجمل ما اعترف بلزومه عليه فعليه البيان على ما تقرر في كتاب الاقرار وأما اذا لم يقر به بل ثبت بالبينة كما فيما نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه ولم يحمل شيئا فلا وجه لاجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقي الاشكال فان قلت القاضي لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم برد تلك العين نفسها الى صاحبها والجهالة في قيمة تلك العين لا في نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول قلت قد مر في الكتاب أن العين انما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة في قيمة العين جهالة في نفسها وأيضا اذا حكم القاضي برد العين الغائبة الى صاحبها فعجز المحكوم عليه عن ردها الى صاحبها ولم يردها اليه فالقاضي ان حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يعود الاشكال وان لم يحكم بها يضيع حق المدعى ولا يظهر لسماع دعواه وقبول بينته فائدة فان قيل القاضي لا يحكم على الخصم بشئ من المال بل يحبسه ليرد العين المدعاة الى المدعى ففائدة سماع الدعوى وقبول البينة هي الحبس قلنا الى متى يحبسه ان حبسه أبدا يصير ظالما له بعد ان ظهر عجزه عن ردها الى المدعى بان يمضي على الحبس مدة يعلم بها أنه لو بقيت العين المدعاة لاظهرها على ما ذكر في كتاب الغصب وان حبسه الى مدة ظهور عجزه عن ردها الى المدعى ثم خلى سبيله من غير أن يلزمه الضمان فمثل ذلك لم يعهد في الشرع عند اثبات الحقوق المالية وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن ضرب من الاشكال (قال) أي القدوري في مختصره (وان ادعى عقارا حدده) أي ذكر المدعى حدوده (وذكر انه) أي العقار (في يد المدعى عليه وانه يطالبه به) أي وذكر ان المدعى يطالب المدعى عليه بالمدعى أقول هكذا وقع وضع هذه المسئلة في عامة معتبرات المتون ولكن فيه قصور اذ المتبادر منه أن ذكر حدود العقار كاف في تعريفه عند الدعوى وليس كذلك اذ قد صرح في معتبرات الفتاوى بل في بعض شروح الهداية أيضا بأنه اذا وقعت الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود وقال في الخلاصة تصح الدعوى اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم وذكر المصر أو القرية لازم انتهى وقد صرح في معتبرات الفتاوى أيضا بان الفقهاء اختلفوا في البداءة فقال الشيخ الامام الفقيه الحاكم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندي في شروطه اذا وقع الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ أولا بذكر الكورة ثم بالمحلة اختيارا لقول محمد فان المذهب عنده أن يبدأ بالاعم ثم ينزل منه الى الاخص وقال أبو زيد البغدادي يبدأ بالاخص ثم بالاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو الاقرب ثم يترقى الى الابعد قال في كل واحد من القولين بعد ذكر هذا الاختلاف ما قاله محمد بن الحسن أحسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لان الاعم اسمه فان جعفرا في الدنيا كثير فان عرف فيها والا ترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهذا أخص فان عرف فيها والا ترقى الى الجد انتهى وقال في المحيط اختلف أهل الشروط في البداءة بالاعم أو بالاخص وأهل العلم بالخيار في البداءة بايهما شاء انتهى وقال عماد الدين في فصوله قلت اختلافات أهل الشروط أنه ينزل من الاعم الى الاخص أو من الاخص الى الاعم اجماع منهم على شرطية البيان انتهى فقد تلخص مما ذكرناه كله أن ذكر الحدود ليس بكاف في تعريف العقار بل لا بد أيضا من ذكر البلدة والمحلة وغير ذلك على ما قرر المصنف في تعليل لزوم التحديد في دعوى العقار (لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل) أي نقل العقار (فيصار الى التحديد

القيمة شئ يعرف العين بذلك الشئ فلذلك شرط ذكر قيمة العين وقيل ان العين لا يعرف بالوصف وان بولغ في وصفه لمشاركة كثير من الاعيان اياه في ذلك الجنس لكن ببيان الوصف طولا وعرضا وغير ذلك تعرف قيمته

قال (وان ادعى عقارا حدده الخ) اذا كان المدعى به عقارا فلا بد من ثلاثة أشياء تحديده وذكر المدعى أنه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به أما الاول فللاعلام بأقصى ما يمكن فيه وذلك انما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذي هو فيه ثم بذكر حدوده لانه لما تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير الى ذلك للتعريف ولا بد من ذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم الا اذا كان معروفا مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى فانه يستغنى عن ذكرهما ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر ومن هذا يعلم ان ذكر الاثنين لا يكفي بخلاف ما اذا غلط في الحد الرابع وأنث في الكتاب باعتبار الجهة لانه يختلف به أي بالغلط في الحد المدعى ولا كذلك بتركها كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا تجوز شهادتهما لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط

(قوله وذلك انما يكون بذكر البلدة الخ) أقول يعلم وجوب ذكر البلدة والموضع الذي هو فيه بطريق الدلالة فافهم

وكما يشترط التحديد فى الدعوى يشترط فى الشهادة وأما الثانى فلا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان المدعى به فى يده وفى العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى

عليه أنه فى يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهدوا أنهم عاينوا أنه فى يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل وكذا فى غير هذه الصورة لا بد فى الشهادة على اليد من ذلك أو يعلم القاضى أنه فى يده نفيا لتهمة المواضعة لان العقار قد يكون فى يد غيرهما وهما تواضعا على أن يصدق

فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند أبى حنيفة على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط فى الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد فى الدعوى يشترط فى الشهادة وقوله فى الكتاب وذكر أنه فى يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان فى يده وفى العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنه فى يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة أو علم القاضى هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه فى يد غيرهما

فان العقار يعرف به) أقول لقائل أن يقول ان تعذر النقل لا يقتضى تعذر التعريف بالاشارة لجواز أن يحضر القاضى عند العقار أو يبعث أمينه اليه فيشير المدعى اليه فى محضر القاضى أو أمينه بعين ما قالوا فى المنقولات التى يتعذر نقلها كالرحى ونحوه على ما ذكرناه فيما مر ويمكن أن يدفع بان المنقولات التى يتعذر نقلها نادرة فالتزم فيها حضور القاضى أو أمينه عندها لعدم تأديه الى الحرج بخلاف العقارات فانها كثيرة فلو كلف القاضى بحضوره عندها أو بعث أمينه اليها لأدى الى الحرج فافترقا (ويذكر الحدود الاربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند أبى حنيفة على ما عرف هو الصحيح) احتراز عما روى عنهما أن ذكر الاب يكفى (ولو كان الرجل مشهورا) مثل أبى حنيفة وابن أبى ليلى (يكتفى بذكره) يعنى لا حاجة الى ذكر الاب والجد حينئذ لحصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب وفى الدار لا بد من التحديد وان كانت مشهورة عند أبى حنيفة وعندهما لا يشترط لان الشهرة مغنية عنه وله أن قدرها لا يصير معلوما الا بالتحديد كذا فى الكافى وغيره (فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر) دليل لنا يعنى أن اقامة الاكثر مقام الكل أصل فى الشرع فنعمل به ههنا أيضا (بخلاف ما اذا غلط فى الرابعة) أى فى الحد الرابع وأنثه المصنف باعتبار الجهة يعنى اذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافا لزفر وأما اذا ذكر الحد الرابع أيضا وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر (لانه يختلف به) أى بالغلط (المدعى ولا كذلك بتركها) ونظيره ما اذا شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا فى الثمن لا تجوز شهادتهما لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط (وكما يشترط التحديد فى الدعوى يشترط فى الشهادة) فيجرى فى الثانية ما يجرى فى الاولى (وقوله فى الكتاب) أى قول القدورى فى مختصره (وذكر أنه) يعنى العقار (فى يد المدعى عليه لا بد منه لانه) أى المدعى عليه (انما ينتصب خصما) أى فى دعوى العين (اذا كان فى يده) أى اذا كان المدعى فى يده (وفى العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنه) أى العقار (فى يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة) بان يشهد الشهود انهم عاينوا أن ذلك العقار المدعى فى يد المدعى عليه حتى لو قالوا سمعنا اقرار المدعى عليه بانه فى يده لم تقبل شهادتهم وكذا الحال فى غير هذه الصورة وقد لا يفرق الشهود بين الامرين فلا بد أن يسألهم القاضى أعنى معاينة تشهدون أم عن سماع كذا ذكر فى معتبر الفتاوى (أو علم القاضى) عطف على البينة أى أو بعلم القاضى أن ذلك العقار المدعى فى يد المدعى عليه (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ فان عندهم يكفى تصديق المدعى عليه أنه فى يده وانما لا تثبت اليد فى العقار الا بالبينة أو علم القاضى على القول الصحيح (نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه) أى لعله (فى يد غيرهما) أى غير المدعى والمدعى عليه قال صاحب

وقيل تعرف القيمة ببيان الوصف لانه اذا قيل ان قيمته عشرة دراهم من الفضة الجيدة أو كذا دينارا من الذهب الزكى تصير قيمته معلومة بهذا الوصف (قوله بخلاف ما اذا غلط فى الرابعة) لانه يختلف به المدعى ولا كذلك

قال المصنف (نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه فى يد غيرهما) أقول قال ابن البزازى فى فتاواه فى كتاب الدعوى فى آخر الفصل الخامس عشر فى نوع من الخامس عشر ذكر الصدر الشهيد وغيره فى الفرق بين المنقول وغيره أن النقلى لو كان قائما لا بد من احضاره فيعاين الحاكم يده وان كان هالكا فقد أقر بلزوم الضمان على نفسه واقراره على نفسه حجة وفى العقار تهمة المواضعة ثابتة لانه ليس فى يد المالك بحسب الحقيقة بل اليد عليه بالحكم فربما يتواضع المدعى مع غير المالك حتى يقر باليد ويقيم عليه شهودا زورا فيسامحه المدعى عليه ويوصل به الحكم ثم يحتج على المالك بحكم قاض عند قاض آخر ويبرهن عليه فان القضاء من أسباب الملك يطلق للشاهد الاداء بانه ملكه بحكم الحاكم ولو فسره أيضا على الحاكم أن يقبله فصار الحكم فوق معاينة اليد حتى لو فسر بانه يشهد له بالملك بناء على اليد لا يقبل كما علم وهذه التهمة فى المنقول منتفية لان المنقول يكون فى يد المالك حقيقة فلا تتصور فيه تلك التهمة ولان المالك لا يمكنه من النقل والاحضار بين يدى الحاكم انتهى كلام ابن البزازى فلا يرد ما اعترض عليه فى بعض الشروح من كون تهمة المواضعة متصورة فى العين أيضا

بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وأنه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه

النهاية أى يحتمل أنهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعى بان العقار فى يد المدعى عليه ليحكم القاضى باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعى عليه فيه وهو فى الواقع فى يد الثالث فكان ذلك قضاء بالتصرف فى مال الغير ويؤدى ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره أنه فى يد الثالث اهـ كلامه وقد اقتفى أثره فى شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب العناية ثم الشارح العينى أقول هذا خبط عظيم منهم أما أولا فلأن المدعى عليه فى الصورة المزبورة لا يدعى على أحد شيأ بل يصدق المدعى فى قوله ان العقار فى يد المدعى عليه ولا شك أن تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصور هناك من القاضى الحكم باليد للمدعى عليه والحكم بحقوق العباد يقتضى سابقة الدعوى وأما ثانيا فلان الحكم من القاضى لا يصح الا بحجة من البينة أو الاقرار وقد انتفت بقسميها فى تلك الصورة أما انتفاء البينة فلان المفروض أن لا تقوم بينة على ثبوت اليد للمدعى عليه وأما انتفاء الاقرار فلان الاقرار هو الاخبار بحق للغير على نفسه ولا يخفى أن هذا المعنى غير متصور من المدعى عليه ولا من المدعى بالنسبة الى حق اليد فى تلك الصورة فاذا لم تتحقق الحجة أصلا لثبوت اليد للمدعى عليه فى تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضى باليد للمدعى عليه هناك فبطل قولهم ليحكم القاضى باليد للمدعى عليه الخ والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أن العقار قد يكون فى يد غيرهما وهما يتواضعان على أن يصدق المدعى عليه المدعى فى أن ذلك العقار فى يد المدعى عليه فيقيم المدعى البينة على المدعى عليه بان ذلك العقار له فيحكم القاضى للمدعى بكونه له فيصير هذا قضاء له بمال الغير الذى كان ذلك العقار فى يده فى الواقع ويفضى ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره فى يد ذلك الغير ولقد أفصح الامام قاضيخان فى فتاواه عن هذا حيث قال وذكر الخصاف عن أصحابنا أن رجلا لو أقام البينة على رجل أن فى يده الدار التى حدها كذا وبين حدودها فان القاضى لا يسمع دعواه ولا يقبل بينته على الملك ما لم يقم البينة ان الدار فى يد المدعى عليه ثم يقيم البينة أنها له لتوهم أنهما تواضعا فى محدود فى يد ثالث على أن يدعيه أحدهما فيقول الآخر بانها فى يده ويقيم المدعى بينته عليه انها له والدار فى يد غيرهما وهذا باطل لان هذا قضاء على المسخر اهـ (بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة) فلا مجال للمواضعة المذكورة (وقوله) أى قول القدورى فى مختصره (وأنه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه) قال صاحب العناية فى عبارته تسامح لانه يؤل الى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتامل ويمكن أن يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه اهـ كلامه أقول كل من ايراده وجوابه ساقط أما سقوط الاول فلان الضمير فى طلبه ليس براجع الى حقه كما توهمه بل هو راجع الى ما يرجع اليه ضمير حقه وهو المدعى فالمعنى المطالبة حق المدعى فلا بد من طلب المدعى حتى يجب على القاضى اعانته فلا مساحة أصلا وأما سقوط الثانى فمن وجهين الاول أن المطالبة من طالبه بكذا فالمطالب المفعول ههنا هو المدعى عليه والذى دخل عليه الباء هو المدعى فلو كان المعنى المطالب حق المدعى صار المعنى المدعى عليه حق المدعى ولا خفاء فى فساده والثانى أن المدعى أيضا ليس بحق المدعى البتة بل ان ثبت دعوى المدعى يكون المدعى حقه والا فلا ففى ابتداء الامر من أين ثبت أنه حقه حتى يتم أن يقال هو حقه فلا بد من طلبه اللهم الا أن يقال انه حقه فى ابتداء الامر أيضا على زعمه لكنه يحتاج حينئذ الى تقدير قيد على زعمه كما يحتاج الى جعل المصدر بمعنى المفعول ولا يخفى أن شأن المصنف بمعزل عن مثل هذا التعسف وقال بعض الفضلاء ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الارض ونحوها اهـ أقول هذا بعيد عن الحق وأبعد مما قاله صاحب العناية فى جوابه أما الاول فلما ذكرناه فى سقوط جواب صاحب العناية من الوجهين وأما الثانى فلان مقتضاه التعبير عن كل مطلوب بصيغة التأنيث وتأويل كل مطلوب مذكر بمؤنث وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة بخلاف ما قال صاحب العناية (ولانه يحتمل أن يكون) أى

بتركها ونظيره اذا ادعى شراء شئ بثمن منقود فان الشهادة تقبل عليه وان سكتوا عن جنس الثمن ولو ذكروا

المدعى عليه المدعى بان العقار فى يد المدعى عليه ليحكم القاضى باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه وكان القضاء فيه قضاء بالتصرف فى مال الغير وذلك يفضى الى نقض القضاء عند ظهوره فى يد ثالث بخلاف المنقول فان اليد فيه مشاهدة وأما الثالث فلان المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه وفى عبارته تسامح لانه يؤل الى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتامل ويمكن أن يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه

(قوله ليحكم القاضى باليد) أقول فيه بحث اذ لا حكم هنا من القاضى للمدعى عليه ولو سلم فهو قضاء ترك لا قضاء استحقاق ولا فساد فى نقض قضاء الترك ألا يرى انهما اذا ترافعا الى القاضى وعجز المدعى عن البينة فحلف المدعى عليه يترك المدعى فى يده ثم اذا جاء المدعى بشهود يؤخذ منه والحق ما فى النهاية أخذا من المبسوط فراجعه متأملا (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول) أقول ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتانيث بتاويل الارض ونحوها ثم الظاهر أن ضمير طلبه راجع الى المدعى لا الى الحق لئلا يلزم التفكيك فلا

لطالب حقه فلابد من طلبه ولانه يحتمل أن يكون مرهونا في يده أو محبوسا بالثمن فى يده و بالمطالبة تزول هـذه الاحتمالات وعن هذا أى بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ فى المنقول يجب أن يقول وهو فى يده بغير حق لان العين فى يد ذى اليد فى هاتين الصورتين بحق

غبار قال المصنف (وعن هذا قالوا فى المنقول يجب أن يقول فى يده بغير حق) أقول قال صاحب الوقاية وفى المنقول يزيد بغير حق قال صدر الشريعة فى شرحه فان الشئ يكون فى يد غير المالك بحق كالرهن فى يد المرتهن والمبيع فى يد البائع لاجل الثمن أقول هذه تشمل العقار أيضا فلا أدرى ماوجه تخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى ونحن نقول فان احتمال كون المنقول فى يد المدعى عليه بحق يزول بالمطالبة على ماصرحوا به فما وجه هذه الزيادة حتى حكموا بوجوبها كما صرح به صاحب الهداية وأجاب صاحب الغرر عن اعتراض صدر الشريعة بان يقال ان درايته و جهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين احداهما أن دعوى الاعيان لاتصح الا على ذى اليد كما قال فى الهداية انما ينتصب خصما اذا كان فى يده والثانية ان الشبهة معتبرة يجب دفعها لاشبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لاشبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم أن فى ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه فيه مشاهد فوجب دفعها فى دعوى العقار باثباته بالبينة لتصح الدعوى و بعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر وأما اليد فى المنقول فلكونه مشاهدا لايحتاج الى اثباته لكن فيه شبهه كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى ورد هـذا الجواب بانه قد صرح فى الهداية والشروح بانه لابد من المطالبة فى العقار أيضا ليزول احتمال كونه مرهونا أو محبوسا بالثمن و يعلم من هـذا انهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه فى العقار أيضا وهذا ليس من شـبهة الشبهة التى لم يعتبروها كما لايخفى على المتدبر انتهى وان أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام ومستمدا من ولى الفيض والالهام

فاقول لاشك ان فى العقار شبهة فى ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة فى كونها بغير حق وأن الثانية شبهة الشبهه وذلك ظاهر لمن لم تتبع أقاويلهم وان شبهة الشبهة غير معتبرة الا اذا اندفعت الشبهة فان شبهة الشبهة حينئذ تكون شبهة معتبرة ألا يرى أنهم اذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فانه يحد لان الذى فيه هو شبهة دعوى النكاح اذا حضرت ثم شبهة صدقها فى تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة وأما اذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لايحد الرجل اعتبار الشبهة الصدق اذا تحققت هذه المقدمات فنقول لو أتى مدعى العقار بهذه الزيادة وقال هو فى يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية أنه اذا كان فى كلام مثبت أو منفى تقييد بوجه من الوجوه فمناط الافادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فاحالوا دفعها الى كلام مستقل متاخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه فان فى تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها و بقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد لاشبهة فيه فاوجبوا تلك الزيادة لتندفع شبهة كون اليد بحق أو نقول لو زاد المدعى قوله بغير حق فى دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الاول ومن جملته ولم يندفع فى تلك الحالة شبهة كونه فى يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متاخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نبهت عليه بخلاف المنقول فانه ليس فيه شبهة كونه فى يد غيره فاغتنم هذا فانه هو الكلام الفصل والقول الجزل الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله ثم اعلم ان المطالبة فى الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار كالمطالبة فى المنقول

ولانه يحتمل أن يكون مرهونا فى يده أو محبوسا بالثمن فى يده و بالمطالبة يزول هـذا الاحتمال وعن هذا قالوا فى المنقول يجب أن يقول فى يده بغير حق

المدعى (مرهونا فى يده) أى فى يد المدعى عليه (أو محبوسا بالثمن فى يده) فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو قبل أداء الثمن (و بالمطالبة يزول هذا الاحتمال) اذلو كان مرهونا أو محبوسا بالثمن لما طالب بالانتزاع من ذى اليد بل أداء الدين أو الثمن (وعن هذا) أى بسبب هذا الاحتمال (قالوا) أى المشايخ (فى المنقول) أى فى دعوى المنقول (يجب أن يقول فى يده بغير حق) أى يجب أن يقول المدعى هذا الشئ الذى أدعيه فى يد المدعى عليه بغير حق ازالة لهـذا الاحتمال فان العين فى يد ذى اليد فى تينك الصورتين بحق أقول يرد عليه انه ان كان ذكر المطالبة مما لابد منه فى دعوى المنقول أيضا فقد حصل زوال الاحتمال المذكور رفعها بذكر المطالبة كما فى دعوى العقار فينبغى أن لاتجب زيادة بغير حق فى دعوى المنقول كما لاتجب فى دعوى العقار وان لم يكن ذكر المطالبة مما لابد منه فى دعوى المنقول يكون الدليل الذى ذكره المصنف فى وجوب ذكر المطالبة فى دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله لان المطالبة حق المدعى فلابد من طلبه منقوضا بصورة دعوى المنقول و يمكن أن يجاب عنه بنوع بسط فى الكلام وتحقيق فى المقام وهو أن ذكر المطالبة مما لابد منه فى دعوى المنقول أيضا على مايقتضيه الدليل الذى ذكره المصنف فى دعوى العقار وفى دعوى الدين لكن لايجب ذكرها قبل احضار المدعى عليه المنقول الى مجلس القاضى بل انما يجب ذكرها بعد احضاره اليه لان علام المدعى باقصى مايمكن شرط وذلك فى المنقول لايكون الا بالاشارة كما مر فما لم يحضر المنقول الى مجلس القاضى لم تحصل الاشارة اليه ومالم تحصل الاشارة اليه لم يصر معلوما بما يجب اعلامه به ومالم يصر معلوما بهذا ذلك واختلفوا لم تقبل (قوله وعن هذا قالوا فى المنقول) اشارة الى قوله لان المطالبة حقه فلابد من طلبه ولانه

لم تحقق الفائدة فى ذكر المطالبة به يرشد اليه قول المصنف فيما سياتى لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة حيث يشير الى انه مابقى شئ يتعلق به تمام الدعوى لم يجب ذكر المطالبة ولاشك أن احضار المنقول الى مجلس القاضى مما يتعلق به تمام الدعوى فلم يجب قبله على المدعى ذكر المطالبة فلما لم يجب قبله عليه ذكرها وجب عليه اذذاك أن يقول فى يده بغير حق ازالة للاحتمال المذكور حتى يجب على المدعى عليه احضار المدعى المنقول الى مجلس القاضى و يصح للقاضى تكليفه باحضاره اليه والحاصل أن الاحتياج الى زيادة قيد بغير حق فى دعوى المنقول لاجل ان يجب على المدعى عليه احضار المدعى الى مجلس الحكم ووجوب احضار المدعى الى مجلس القاضى مختص بدعوى المنقول كما مر فى الكتاب فوجب زيادة القيد المذكور فى دعوى المنقول دون غيرها ثم لما زيد القيد المذكور فى دعوى المنقول قبل احضار المدعى عليه المدعى الى مجلس القاضى وزال الاحتمال المذكور به لم يبق لذكر المطالبة فيها بعد احضاره اليه الا علة واحدة وهى أن المطالبة حقه فلابد من ذكره كما هى العلة فقط فى دعوى الدين بخلاف دعوى العقار فان لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرهما المصنف وبهذا البسط والتحقيق تبين اندفاع اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال فى شرحه للوقاية أقول هذه العلة تشمل العقار أيضا فلا أدرى ماوجه تخصيص المنقول بهذا الحكم اه ثم ان ههنا كلمات أخرى للفضلاء المتاخرين فلا علينا أن ننقلها ونتكلم عليها فاعلم أن صاحب الدرر والغرر أجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال ان درايته موقوفة على مقدمتين مسلمتين احداهما أن دعوى الاعيان لاتصح الا على ذى اليد كما قال فى الهداية انما ينتصب خصما اذا كان فى يده والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لاشبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لاشبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم ان فى ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه فيه مشاهد فوجب دفعها فى دعوى العقار باثباته بالبينة لتصح الدعوى و بعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر وأما اليد فى المنقول فلكونه مشاهدا لايحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى اه ورد عليه هذا الجواب بعضهم بانه قد صرح فى الهداية والشروح بانه لابد من المطالبة فى العقار أيضا ليزول احتمال كونه مرهونا أو محبوسا بالثمن ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه فى العقار أيضا وهذا ليس من شبهة الشبهة التى لم يعتبروها كما لايخفى على المتدبر فتدبراه وقال بعض الفضلاء وان أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام ومستمدا من ولى الفيض والالهام فاقول لاشك أن فى العقار شبهة فى ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة فى كونها بغير حق وان الثانية شبهة الشبهة وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم وان شبهة الشبهة غير معتبرة الا اذا اندفعت الشبهة فان شبهة الشبهة حينئذ تكون معتبرة ألا يرى أنهم اذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فانه يحد لان الذى فيه هو شبهة دعوى النكاح اذا حضرت ثم شبهة صدقها فى تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة وأما اذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لايحد الرجل اعتبار الشبهة الصدق اذا تحققت هذه المقدمات فنقول لو أتى مدعى العقار بهذه الزيادة وقال هو فى يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية أنه اذا كان فى كلام مثبت أو منفى تقييد بوجه من الوجوه فمناط الافادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فاحالوا دفعها الى كلام مستقل متاخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه فان فى تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها و بقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد لاشبهة فيه فاوجبوا تلك الزيادة لتندفع بها شبهة كون اليد بحق أو نقول لو زاد المدعى قوله بغير حق فى دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الاول ومن جملته ولم يندفع فى تلك الحالة شبهة كونه فى يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متاخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نبهت عليه بخلاف المنقول فانه ليس فيه شبهة كونه فى يد غيره فاغتنم هذا فانه هو الكلام الفصل والقول

يحتمل أن يكون مرهونا فى يده أو محبوسا بالثمن فى يده

قال (وان كان حقا فى الذمة ذكر أنه يطالبه به) لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لابد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به

الجزل ثم اعلم أن المطالبة فى المنقول كالمطالبة فى الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار الى هنا كلامه وأقول ماذكره ذلك الفاضل ههنا وسماه بالتحقيق مما لايجدى طائلا وما هو بذلك التلقيب بحقيق أما أولا فلان خلاصة كلامه هى أن مدعى العقار لو أتى بتلك الزيادة وجعلها قيدا للكلام الاول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهى شبهة كونه فى يد الغير بحالها اذ لم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد وقد تقرر عندهم أن شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة فاحالوا دفع شبهة الشبهة الى كلام مستقل متاخر فى الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه فان فى تلك المرتبة اندفعت الشبهة وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه فى يد غيره فاوجبوا تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست بتامة لان الحاصل منها أن لا يصح الاتيان بتلك الزيادة فى دعوى العقار على أن تجعل تلك الزيادة قيدا للكلام الاول وهذا لا ينافى صحة الاتيان بها على أن تجعل كلاما مستقلا بان يقول المدعى انه فى يده وان يده بغير حق فان الزيادة حينئذ تصير كلاما مستقلا كما ترى وتصير متاخرة فى الرتبة عن ثبوت اليد كقوله أطالبه لانه كما أن حق ذكر المطالبة أن يكون بعد ثبوت اليد كذلك حق ذكر أن يده بغير حق بعد ثبوتها اذ قبل ثبوت اليد كما لا فائدة فى المطالبة لا فائدة أيضا فى بيان أن يده بغير حق وهذا مما لا سترة به فلم يظهر وجه عدم تلك الزيادة مطلقا فى دعوى المنقول وبالجملة ان ماذكره وجه لفظى مخصوص بصورة كون الزيادة قيدا للكلام الاول لا وجه فقهى عام لجميع صور الزيادة فلا يتم التقريب قطعا وأما ثانيا فلانه حينئذ يبقى الاشكال فى المقام بان شبهة كون اليد بحق تندفع فى دعوى المنقول أيضا بالمطالبة فينبغى أن تترك الزيادة المذكورة فى دعوى المنقول كما تترك فى دعوى العقار ولا ينحل هذا الاشكال بما ذكره بقوله ثم اعلم أن المطالبة فى المنقول كالمطالبة فى الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار انتهى لان دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعا من ذكر المطالبة فى المنقول أيضا فلا يدفع أن لا يقصد بها دفع ذلك الاحتمال فى المنقول استدراك الزيادة المذكورة فيه وأما ما قدمناه من التحقيق فيندفع به هذا الاشكال كما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققته من قبل الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله (قال) أى القدورى فى مختصره (وان كان حقا فى الذمة) أى وان كان المدعى حقا ثابتا فى الذمة يعنى ان كان دينا لا عينا (ذكر أنه يطالبه به) يعنى ذكر أنه يطالبه به من غير أن يشترط فيه ما يشترط فى العين على ما فصل فيما مر (لما قلنا) تعليل لمجرد ذكر المطالبة فيه واشارة الى قوله لان المطالبة حقه فلابد من طلبه (وهذا) أى الاكتفاء فيه بذكر المطالبة (لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لابد من تعريفه) أى تعريف ما فى الذمة وهو الدين (بالوصف) أى بالصفة فالمعنى لكن لابد من تعريفه بالوصف كما لابد من تعريفه بالجنس والقدر على ما عرف فيما مر من قول القدورى ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه وقدره (لانه يعرف به) أى لان ما فى الذمة يعرف بالوصف أى الصفة بان يقال انه جيد أو وسط أو ردىء بعد أن يذكر جنسه وقدره ولكن انما يحتاج الى ذكر الصفة فيما اذا كان المدعى دينا وزنيا ان كان فى البلد نقود مختلفة أما اذا كان فى البلد نقد واحد فلا يحتاج الى ذلك كما ذكر فى الشروح ومعتبرات الفتاوى وهذا كله على تقدير أن يكون مراد المصنف بالوصف ههنا معنى الصفة كما هو الظاهر من حيث اللفظ لكن الاظهر من حيث معنى المقام أن يكون مراده به معنى البيان فالمعنى لكن لابد من تعريف ما فى الذمة أيضا بالبيان أى ببيان ما يحتاج الى ذكره من جنسه وقدره مطلقا ومن نوعه وصفته فى

(قوله لكن لابد من تعريفه بالوصف) فان كان المدعى وزنيا فانما يصح اذا بين الجنس بان قال ذهب أو فضة وان بين الجنس فبعد ذلك ان كان مضروبا يقول كذا دينارا ويذكر نوعه بخارى الضرب أو

وان كان المدعى به حقا فى الذمة ذكر المدعى أنه يطالبه به لما قلنا يعنى قوله لان المطالبة حقه فلابد من طلبه وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لابد من تعريفه بالوصف بان قال ذهبا أو فضة فان كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا أو درهما جيد أو ردىء أو وسط اذا كان فى البلد نقود مختلفة وأما اذا كان فى البلد نقد واحد فلا حاجة الى ذلك وبالجملة لابد فى كل جنس من الاعلام باقصى ما يمكن به التعريف

قال (واذا صحت الدعوى سال المدعى عليه عنها) لينكشف له وجه الحكم (فان اعترف قضى عليه بها) لان الاقرار موجب بنفسه فيامره بالخروج عنه (وان أنكر سال المدعى البينة) لقوله عليه الصلاة والسلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه

بعض الصور على ما فصل فى النهاية والكفاية نقلا عن الذخيرة وفصول الاستروشنى وبالجملة لابد فى كل جنس من الاعلام باقصى ما يمكن به التعريف (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا صحت الدعوى) أى واذا صحت الدعوى بشروطها (سال) أى القاضى (المدعى عليه عنها) أى عن الدعوى (لينكشف له وجه الحكم) أى لينكشف للقاضى وجه الحكم أى طريقه ان ثبت حق المدعى فان الحكم منه يكون باحد أمور ثلاثة البينة والاقرار والنكول ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلابد من السؤال لينكشف له طريق حكمه (فان اعترف قضى عليه بها) أى فان اعترف المدعى عليه قضى القاضى عليه بالدعوى بمعنى المدعى أو بموجب الدعوى ثم ان اطلاق لفظ القضاء ههنا توسع لان الاقرار حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضى الزاما للخروج عن موجب ما أقر به بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها فان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب وقد جعلها القاضى حجة بالقضاء بها وأسقط جانب احتمال الكذب فى حق العمل بها كذا فى الشروح وغيرها وقد أشار اليه المصنف بقوله (لان الاقرار موجب بنفسه فيامره) أى يأمر القاضى المدعى عليه (بالخروج عنه) أى عما أوجبه الاقرار (وان أنكر) أى المدعى عليه (سال المدعى البينة) أى طلب القاضى من المدعى البينة (لقوله عليه الصلاة والسلام) أى لقول النبى عليه الصلاة والسلام للمدعى (ألك بينة فقال لا) أى قال المدعى لا بينة لى (فقال) أى قال النبى صلى الله عليه وسلم (لك يمينه) أى يمين

نيسابورى الضرب وينبغى أن يذكر صفته انه جيد أو وسط أو ردىء وانما يحتاج الى ذكر الصفة اذا كان فى البلد نقود مختلفة اما اذا كان فى البلد نقد واحد فلا وان كان فى البلد نقود مختلفة والكل فى الرواج سواء ولا فضل للبعض على البعض يجوز البيع ويعطى المشترى البائع أى نقد شاء الا أن فى الدعوى لابد من تعيين أحدها وان كان أحد النقدين أروج وللآخر فضل فالعقد جائز وينصرف الى الاروج ويصير ذلك كالملفوظ فى الدعوى فلا حاجة الى البيان فى الدعوى الا اذا كان مضى زمان طويل من وقت العقد الى وقت الخصومة بحيث لا يعلم أروج وقت العقد فحينئذ يشترط بيان الاروج فى ذلك الوقت ما كان وان كان الدعوى بسبب القرض والاستهلاك فلابد من بيان الصفة على كل حال وان كان المدعى نقرة وكان مضروبا ذكر نوعها وهو ما يضاف اليه ويذكر صفتها انها جيدة أو وسطة أو ردية ويذكر قدرها انه كذا درهما وزنها لان وزن الدرهم يختلف باختلاف البلدان والذى فى ديارنا وزن سبعة وهو الذى كل عشرة منها بوزن سبعة مثاقيل وان كانت الفضة غير مضروبة ان كانت خالية عن الغش يذكر كذا فضة خالصة ويذكر نوعها بان قال نقرة طمغاجية ويذكر صفتها انها جيدة أو وسطة أو ردية وقيل اذا ذكر طمغاجية لا حاجة الى ذكر الجودة وان كان المدعى دراهم مضروبة والغش فيها غالب ان كان يتعامل بها وزنا يذكر وزنها ومقدارها وصفتها وان كان يتعامل عددا يذكر عددها ولو ادعى الحنطة أو الشعير بالامناء وبين أوصافها فقد قيل لا تصح هذه الدعوى وقيل تصح وفى الذرة والمج يعتبر العرف أما فى الاشياء السنة فالمعتبر هو الكيل فى الاربعة منها وهى الحنطة والشعير والتمر والملح وفى الذهب والفضة الوزن ثم اذا ادعى الحنطة والشعير مكايلة حتى صحت الدعوى بلا خلاف وأقام البينة على اقرار المدعى عليه بالحنطة أو الشعير ولم يذكر والصفة فى الاقرار قبلت بينته فى حق الجبر على البيان لا فى حق الجبر على الاداء وان ادعى الدقيق بالقفيز لا تصح لالتباسه بالكبس ومتى ذكر الوزن حتى صحت الدعوى لابد أن يذكر أنه دقيق يابس أو مغسول ويذكر مع ذلك انه منخول أو غير منخول ويذكر مع ذلك انه جيد أو وسط أو ردىء قال فى النهاية هذا كله من الذخيرة وفصول الامام الاستروشنى (قوله فان اعترف قضى عليه بها) اطلاق لفظ القضاء

قال (واذا صحت الدعوى الخ) اذا صحت الدعوى بشروطها سال القاضى المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فانه على وجهين اما أن يكون أمرا بالخروج عما لزمه بالحجة أو بصير ما هو بعرضية أن يصير حجة حجة وذلك لانه اما أن يعترف بما ادعاه أو ينكر فان كان الاول فالحكم فيه أن يامره بان يخرج عما أقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضى لكمال ولاية الانسان على نفسه فكان الحكم من القاضى أمرا بالخروج على موجب ما أقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع وان كان الثانى فالحكم فيه أن يجعل القاضى الشهادة المحتملة للصدق والكذب التى هى بعرضية أن تصير حجة اذا قضى القاضى بها حجة فى حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها فاذا لابد من

(قوله واذا صحت الدعوى الى قوله فانه الخ) أقول يعنى فان الحكم على وجهين اما أن يكون أمرا بالخروج الخ (قوله وان كان الثانى الى قوله اذا قضى القاضى بها حجة) أقول قوله حجة مفعول ثان أن يجعل قال المصنف (لقوله عليه الصلاة والسلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه) أقول الرواية

السؤال لينكشف له أحد الوجهين فاذا سال فان اعترف به أمره بالخروج عنه وان أنكر سال المدعى البينة لقوله صلى الله عليه وسلم ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال صلى الله عليه وسلم ورتب اليمين على فقد البينة فان أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب وان عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا يريد به قوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولا بد من طلبه الاستحلاف لان اليمين حقه ألا يرى أنه كيف أضيف اليه بحرف اللام فى قوله لك يمينه قيل انما جعل يمين المنكر حق المدعى لانه يزعم أن خصمه

سال ورتب اليمين على فقد البينة فلابد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال (فان أحضرها قضى بها) لانتفاء التهمة عنها (وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها) لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه ألا يرى انه كيف أضيف اليه بحرف اللام فلابد من طلبه

المدعى عليه (سال) أى سال رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعى عن البينة (ورتب اليمين على فقد البينة فلابد من السؤال) أى فلابد للقاضى من السؤال عن البينة (ليمكنه الاستحلاف) أى ليمكن القاضى استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة (قال) أى القدورى فى مختصره (فان أحضرها) أى فان أحضر المدعى البينة على وفق دعواه (قضى بها) أى قضى القاضى بالبينة (لانتفاء التهمة عنها) أى عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهى أى البينة فعيلة من البيان لانها دلالة واضحة يظهر بها الحق من الباطل وقيل فيعلة من البين اذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا فى الكافى (وان عجز عن ذلك) أى وان عجز المدعى عن احضار البينة (وطلب يمين خصمه) وهو المدعى عليه (استحلفه عليها) أى استحلف القاضى خصمه على دعواه (لما روينا) اشارة الى قول النبى صلى الله عليه وسلم لك يمينه بعد ان قال المدعى لا (ولا بد من طلبه) أى من طلب المدعى استحلاف خصمه (لان اليمين حقه) أى حق المدعى (ألا يرى انه كيف أضيف اليه بحرف اللام) أى كيف أضيف اليمين الى المدعى بحرف اللام فى قوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه والاضافة اليه بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على أن اليمين حقه وانما قال المصنف أضيف بتذكير الفعل مع كونه مسندا الى ضمير اليمين التى هى مؤنث على تاويل القسم أو الحلف قال صاحب الكافى والفقه فيه أى فى كون اليمين حق المدعى ان المدعى يزعم انه أتوى حقه بانكاره فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتواء بمقابلة اتواء فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع والا ينال المدعى عليه الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ولا يتضرر به بوجه انتهى وقال صاحب النهاية بعد ذكر ما فى الكافى ثم انما رتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى للمدعى لان فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعى لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضى بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذا قامة البينة مشروعة بعد اليمين فلو حلفناه أولا ثم أقام المدعى البينة افتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية وفيه نظر وبين وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كانت اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا أقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة اه وقال بعض الفضلاء قوله لما كانت اقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيه بحث بل تكون مشروعية البينة اذا عجز عن اليمين بان نكل

توسع لان الاقرار حجة بنفسه ولا يتوقف على القضاء وكان الحكم من القاضى الزاما بالخروج عن موجب ما أقر به بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها (قوله لانتفاء التهمة عنها) أى عن الدعوى (قوله لما روينا) أى لك يمينه وانما شرط طلبه لان اليمين حق المدعى قبل المدعى عليه اذ الاضافة بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على أن اليمين حق المدعى والفقه فيه أن المدعى يزعم انه أتوى بانكاره حقه فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتواء بمقابلة اتواء فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع والا

أتوى حقه بانكاره فالشرع جعل له حق استحلافه حتى اذا كان الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون اتواء بمقابلة اتواء وهو مشروع كالقصاص وان كان الامر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله تعالى صادقا ثم انما رتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى لما ادعاه لان فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعى لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضى بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فى الجملة فاقامتها بعدها وفى ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة وفيه نظر

فى المصابيح فلك يمينه وهذا أظهر فى الدلالة على الترتيب (قوله قيل انما جعل) أقول هذا القيل لصاحب النهاية وأصله فى المبسوط (قوله وفى ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة) أقول انتهى كلام النهاية مع تغيير يسير فى بعض عبارته (قوله وفيه نظر) أقول نقل من خط الشارح ما هو صورته وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا أقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة انتهى (قوله لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة الخ) فيه بحث بل تكون مشروعية البينة اذا عجز عن اليمين بأن نكل فليتأمل (باب

(باب اليمين)

فليتامل اه أقول بحثه هذا ليس بشئ لان مراد صاحب العناية بقوله المذكور لما كانت اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه مشروعة يرشد اليه قطعا قوله كما اذا أقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة ومراد صاحب النهاية أيضا بقوله اذا قامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه لان افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة انما يلزم فى هذه الصورة فاحتمال كون مشروعية البينة اذا عجز المدعى عليه عن اليمين بان نكل لا يفيد فى دفع نظر صاحب العناية عما قاله صاحب النهاية على ان هذا الاحتمال ليس بصحيح فى نفسه لان النكول عن اليمين ليس بعجز عنها اذ هو حالة اختيار يه دالة على صدق المدعى بخلاف العجز عن البينة على ما لا يخفى ثم أقول بقى نظر آخر فى كلام صاحب النهاية وهو ان مشروعية اقامة البينة بعد اليمين تقتضى أن لا يكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذورا شرعيا لان اقامة البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح المزبور ومشروعية اقامتها بعد اليمين تقتضى حسنها فان كل ما هو مشروع فهو حسن عندنا والظاهر ان ما يستلزم الحسن الشرعى فهو حسن شرعى أيضا فلا يصير الافتضاح المزبور محذورا شرعيا فلا يتم التقريب فتامل

(باب اليمين)

قال صاحب النهاية وهذا الترتيب من الترتيب الوجودى لما ان مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق به ذكر فى هذا الباب حكم اليمين اه أقول فيه شئ وهو ان كون مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة لا يجرى على قول أبى يوسف رحمه الله وعلى قول محمد رحمه الله فى رواية كما سيظهر فى صدر هذا الباب فلم يكن ما ذكره وجها جامعا للاقوال أئمتنا على أنه لما ذكر فيما تقدم حال البينة اجمالا ذكر فيه أيضا حال اليمين اجمالا فهما مشتركان فى الذكر الاجمالى فيما قبل هذا الباب وأما تفاصيل أحكام البينات فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل أحكام اليمين فى هذا الباب فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودى فالاولى ما قاله صاحب العناية من أنه لما ذكر أن الخصم اذا أنكر الدعوى وعجز المدعى عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الاحكام المتعلقة باليمين انتهى وقال صاحب غاية البيان أقول ما كان يحتاج ههنا الى الفصل بالباب بل كان ينبغى أن يسوق الكلام متواليا لانه لما ذكر صحة الدعوى رتب عليها الحكم بالاقرار والبينة واليمين انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل ما فى غاية البيان قلت الذى رتبه المصنف هو الاصل لانه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها باحكامها وشرائطها انتهى أقول هذا الكلام منه فى معرض الجواب عما نقله من العجائب لان ما استقبحه صاحب غاية البيان انما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البينة كيف وقد قال بل كان ينبغى أن يسوق الكلام متواليا فما ذكره الشارح العينى مما لا مساس له بدفع ما استقبحه صاحب الغاية فكأنه ما فهم معنى صريح كلامه ثم أقول فى دفع ذلك ان افراد بعض المسائل من بين أخواتها بوضع باب مستقل لها أو كتاب أو فصل لكثرة مباحثها وأحكامها أو لتعلق غرض آخر باستقلالها كافراد الطهارة من بين سائر شروط الصلاة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل أو فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم وهذا الباب أيضا من ذلك القبيل ولهذا ترى الثقات من أصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى وغيرها جروا على افراد

ينال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم ثم كما أن اليمين حق المدعى فكذا هى حق المدعى عليه من حيث ان شرعيتها انما كانت لاظهار صدق المدعى عليه وما كان يرجح صدق الانسان كان حقاله

(باب اليمين فى الدعوى)

(قوله حاضره) معناه حاضرة فى المصر احترز به عن البينة الحاضرة فى مجلس الحكم فان البينة لو كانت فى مجلس

(باب اليمين) لما ذكر أن الخصم اذا أنكر الدعوى وعجز المدعى عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الاحكام المتعلقة باليمين

(باب اليمين)

(واذا قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) عند أبى حنيفة رحمه الله معناه حاضرة فى المصر وقال أبو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابى حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق فى اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه

مسائل اليمين بباب أو فصل مستقل فليس ما صنعه المصنف ههنا بمحل استقباح ولا استبعاد كما لا يخفى (واذا قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبى حنيفة) هذا لفظ القدورى قال المصنف (معناه حاضرة فى المصر) أى معنى قول القدورى اذا قال المدعى لى بينة حاضرة فى المصر واحترز بهذا القيد عن البينة الحاضرة فى مجلس الحكم فان البينة اذا حضرت فى مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما أشار اليه المصنف بقوله فيما سيأتى كما اذا كانت البينة حاضرة فى المجلس واحترز بقوله حاضرة عن البينة الغائبة عن المصر فانها اذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق ثم ان الظاهر كان أن يقرن المصنف قوله معناه حاضرة فى المصر بذكر قول القدورى اذا قال المدعى لى بينة حاضرة وقد أخره عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند أبى حنيفة رحمه الله فلعل وجهه أمران أحدهما أن المصنف استقبح قطع كلام القدورى بكلام نفسه فانتظر أن يتم جواب مسئلة القدورى ثم فسر مراده بالحضور فى المصر وثانيهما أن فائدة هذا التفسير الاحتراز عن صورة الحضور فى المجلس حيث كان عدم الاستحلاف هنالك بالاتفاق وفيما نحن فيه بالاختلاف فما لم يذكر القول المشعر بالخلاف فى مسئلتنا وهو قول القدورى لم يستحلف عند أبى حنيفة رحمه الله لم تظهر فائدة هذا التفسير فاقتضى هذا السر تأخير المصنف قوله المزبور عن ذكر قول القدورى لم يستحلف عند أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف يستحلف لان اليمين حقه) أى حق المدعى (بالحديث المعروف) فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر قبيل هذا الباب من قول النبى صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولكن قال صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المصنف بالحديث المعروف بما فسر به سائر الشراح يجوز أن يريد به قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر أقول لا يذهب على من تتبع أساليب تحرير المصنف فى كتابه هذا انه يعبر عن الحديث الذى ذكره فيما قبل بما روينا كما يعبر عن الآية التى ذكرها فيما قبل بما تلونا وعن الدليل العقلى الذى ذكره فيما قبل بما ذكرنا فلو كان مراده بالحديث المعروف ماذكره فيما قبل من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه لما عدل عن أسلوبه المقرر ألا يرى أنه كيف جرى على ذلك الاسلوب فى ذكر دليل أبى حنيفة رحمه الله حيث قال ان ثبوت الحق فى اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا مريدا به الحديث المذكور فيما قبل فالحق أن مراده بالحديث المعروف انما هو قول النبى صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر أى ما جوزه صاحب الغاية لا غير ويؤيده تحرير صاحب الكافى ههنا حيث قال وقال أبو يوسف رحمه الله يستحلف لعموم قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر انتهى فان قلت الذى حمل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المصنف لان اليمين حقه فان كون اليمين حق المدعى يفهم من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه حيث أضاف اليه اليمين بلام الملك والاختصاص قلت نعم ولكن يفهم ذلك أيضا من قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر فان كلمة على فى قوله على من أنكر تدل على أن المنكر هو المستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعى نعم انفهامه من الاول أظهر لكن هذا لا يوجب حمل كلام المصنف رحمه الله على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة (فاذا طالبه به يجيبه) أى اذا طالب المدعى المدعى عليه باليمين يجيب القاضى المدعى أى يحكم له بيمين المدعى عليه أو يجيب المدعى عليه المدعى أى يحلف (ولابى حنيفة أن ثبوت الحق فى اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا) من قوله عليه الصلاة والسلام للمدعى ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعى عن البينة (فلا يكون حقه دونه) أى لا يكون اليمين حق المدعى دون العجز عن اقامة البينة أى بغير العجز عنها أقول لقائل أن يقول ان

الحكم لا يجوز الحكم باليمين بالاتفاق وان طلب الخصم

كما

قال (واذا قال المدعى لى بينة حاضرة الخ) اذا قال المدعى لى بينة حاضرة فى المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه فاذا طالبه به يجيبه ولابى حنيفة ان ثبوت الحق فى اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام للمدعى ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بعد ما عجز المدعى عن البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة فى مجلس

(قوله فانه ذكر اليمين بعد ما عجز الخ) أقول فيه تأمل فان دلالة ذكر اليمين بعد ما عجز المدعى عن البينة على أن لا يكون حقه دونه ليست فى الظهور بحيث لا يقبل المنع (قال المصنف فلا يكون حقه دونه) أقول لعل أبا يوسف يقول هذه الصيغة كقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ثم هذا لا تقبل شهادة الرجال مع النساء بدون العجز

كما اذا كانت البينة حاضرة فى المجلس ومحمد مع أبى يوسف رحمهما الله فيما ذكره الخصاف ومع أبى حنيفة فيما ذكره الطحاوى قال (ولا ترد اليمين على المدعى) لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر قسم والقسمة تنافى الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين

كون ثبوت الحق فى اليمين مرتبا على العجز عن اقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على أن لا يكون اليمين حق المدعى دون العجز عنها الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا فكيف يتم الاستدلال به فى مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر (كما اذا كانت البينة حاضرة فى المجلس) أى مجلس الحكم حيث لا يثبت له حق اليمين هنالك فكذا ههنا والجامع القدرة على اقامة البينة أقول لابى يوسف رحمه الله أن يفرق بين الصورتين بان يقول اذ لم تكن البينة حاضرة فى مجلس الحكم فللمدعى غرض صحيح فى الاستحلاف وهو أن يقصر المسافة والمؤنة عليه باقرار المدعى عليه أو بنكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه فى الحال فكان له حق اليمين بخلاف ما اذا كانت البينة حاضرة فى مجلس الحكم فان هذا الغرض أعنى قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل الى حقه فى الحال يحصل باقامة البينة فلم يبق له غرض صحيح فى الاستحلاف قبل اقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول أبى حنيفة رحمه الله ههنا بطريق القياس أيضا كما يشعر به كلام المصنف (ومحمد مع أبى يوسف فيما ذكره الخصاف ومع أبى حنيفة فيما ذكره الطحاوى) قال صاحب غاية البيان وهذه رواية عجيبة لان الشيخ أبا جعفر الطحاوى قال فى مختصره ومن ادعى على رجل مالا ذكره وطلب من القاضى استحلافه له على ذلك بعد انكار المدعى عليه عند القاضى ما ادعاه المدعى فان أبا حنيفة رحمه الله قد روى عنه فى ذلك أن القاضى لا يستحلف له المدعى عليه ان ذكر المدعى أن له على دعواه بينة حاضرة ولم نجد هذه الرواية عن محمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يستحلف له على ذلك ولا يمنعه من استحلافه له ذكره أن له بينة حاضرة تشهد له على دعواه الى هنا لفظ الطحاوى فى مختصره وقد أنكر الرواية عن محمد أصلا كما ترى ومع هذا كيف يدعى صاحب الهداية أن محمدا مع أبى حنيفة رحمهما الله فيما ذكره الطحاوى ألا ترى أن القدورى قال فى كتاب التقريب قال الطحاوى لم توجد هذه الرواية عن محمد انتهى كلام صاحب الغاية وقال الشارح العينى بعد أن ذكر انكار صاحب الغاية على المصنف فى جعله محمدا مع أبى حنيفة فيما ذكر الطحاوى وبعد أن نقل ما قاله صاحب الغاية اجمالا قلت لا وجه لهذا الانكار لان عدم وقوف الطحاوى على أن محمدا مع أبى حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره انتهى أقول هذا الكلام منه عجيب لان الذى أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف انما هو اسناد المصنف رواية كون محمد مع أبى حنيفة الى الطحاوى بناء على أن الطحاوى قد أنكر هذه الرواية عن محمد بالكلية فى مختصره فكيف يصح أن يسندها المصنف اليه وليس الذى أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف صحة هذه الرواية عن محمد رحمه الله فى أصلها حتى يتمشى ما قاله العينى من أن عدم وقوف الطحاوى على هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها وكون محل انكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما ينادى عليه ألفاظ تحريره فكيف خفى على الشارح العينى (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا ترد اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر) وجه الاستدلال به ما أشار اليه المصنف بقوله (قسم) أى قسم النبى صلى الله عليه وسلم بين الخصمين حيث جعل البينة على المدعى واليمين على من أنكر (والقسمة تنافى الشركة) لان الشركة تقتضى عدم التمييز والقسمة تقتضى التمييز وهما متنافيان وبقوله (وجعل جنس الايمان على المنكرين) اذ الالف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر فى كتب الاصول ان لام التعريف تحمل على الاستغراق ويقدم على

(قوله وجعل جنس الايمان على المنكرين) اذ الالف واللام لاستغراق الجنس فمن جعل بعض الايمان حجة للمدعى فقد خالف النص وحديث الشاهد واليمين غريب ومارويناه مشهور تلقته الامة بالقبول

الحكم ومحمد مع أبى يوسف فيما ذكره الخصاف ومع أبى حنيفة فيما ذكره الطحاوى ولا ترد اليمين على المدعى لانه صلى الله عليه وسلم قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعى واليمين على من أنكر والقسمة تنافى الشركة لانها تقتضى عدم التمييز والقسمة تقتضيه (قوله وجعل جنس الايمان على المنكرين فى قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر

عن شهادة الرجال فكذا ههنا ينبغى أن يجوز الاستحلاف دون العجز عن البينة فليتأمل فانه يجوز أن يجاب عنه باجوبة عديدة منها ما يشير اليه قوله كما اذا كانت الخ (قوله ومحمد مع أبى يوسف) أقول ولعل أبا يوسف يكتفى بالعجز فى المجلس فان للمجلس خصائص

وليس وراء الجنس شئ) استدلال آخر بالحديث وفيه خلاف الشافعي وسيأتي قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق الخ) ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق لانه مدعى عليه وليس عليه البينة لما روينا وقيد بالملك المطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد وأحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فان في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع فان قيل أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من

وليس وراء الجنس شئ وفيه خلاف الشافعي رحمه الله قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق

تعريف الحقيقة اذا لم يكن هناك معهود وههنا كذلك (وليس وراء الجنس شئ) أى شئ من أفراد ذلك الجنس فيكون المعنى أن جميع الايمان على المنكرين فلو رد اليمين على المدعى لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المصنف الاستدلال بالحديث المزبور على المسئلة المذكورة من وجهين كما ترى (وفيه خلاف الشافعي) أى في عدم رد اليمين على المدعى خلاف الشافعي قال صاحب الكافي وعند الشافعي اذا لم يكن للمدعى بينة أصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعى فان حلف قضى به والا لا لان الظاهر صار شاهدا للمدعى بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه فان حلف قضى له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشئ لانه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين ثم قال وحديث الشاهد واليمين غريب وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه على أن يحيى بن معين قد رده انتهى وقال الامام الزيلعي في التبيين قال الشافعي اذا لم يكن للمدعى بينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعى فان حلف قضى له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعى بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه فانه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه وقال أيضا اذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعى ويقضى له لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين وروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما روينا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولانه يرويه ربيعة عن سهل بن أبي صالح وأنكره سهل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى فضلا عن أن يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعنى بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغلة والمراد على التعاقب ولئن سلم أنه يقتضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعى بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر لا بالمشاهير الى هنا كلامه (قال) أى القدورى في مختصره (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق) أراد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يتعرض للسبب بان يقول هذا ملكى ولا يقول هذا ملكى بسبب الشراء أو الارث أو نحو ذلك وهذا لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفى ولا بالاثبات وقيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وأرخا وتاريخ ذى اليد أسبق فان في هذه الصورة تقبل بينة ذى اليد بالاجماع كذا في الشروح قال صاحب العناية

حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه على أن يحيى بن معين قد رده (قوله وليس وراء الجنس شئ) أى شئ من افراد ذلك الجنس وفيه خلاف الشافعي رحمه الله فعنده اذا لم يكن للمدعى بينة أصلا وحلف القاضى المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعى فان حلف قضى به والا لا لان الظاهر صار شاهدا للمدعى بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه فان حلف قضى له بما ادعى وان نكل لم يقض له بشئ (قوله ولا تقبل بينة ذى اليد في الملك المطلق) احترازا عن

النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعى فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما تجب عند عجز المدعى عن البينة وههنا لم يعجز واذا تعارضت بينة الخارج وبينة ذى اليد في الملك المطلق

(قال المصنف قسم الخ) أقول استئناف بيانى (قال المصنف وفيه خلاف الشافعي) أقول قيل اذا نكل المدعى عليه عن اليمين وطلب ردها على المدعى صار الظاهر شاهدا للمدعى وصار المدعى من هذه الحيثية منكرا فان المنكر من يتمسك بالظاهر وحينئذ يرتفع الخلاف ويكون النزاع لفظيا قلنا على تقدير تسليم ذلك لا يرتفع الخلاف فان الخلاف بيننا وبين الشافعي في جواز رد اليمين على المدعى وعدمه وهذا محققه وانما يكون تسليم ذلك رافعا للخلاف لو كان الخلاف في جعل جنس الايمان على المنكرين وعدمه وليس كذلك بل الخلاف في جواز رد اليمين وعدمه في المجمع ولا يجبر ردها على المدعى فالصواب عدم تسليم صيرورة المدعى منكرا من حيثية النكول اذ يلزم منه عدم تعيين المدعى والمنكر وعدم لزوم اليمين على معين ويلزم التسلسل في رد اليمين وكل ذلك باطل وكذا ما يؤدى اليه (قال المصنف ولا تقبل بينة صاحب اليد الخ) أقول بل عليه اليمين ان عجز الخارج ولهذا المعنى أوردها هنا ويجوز أن يكون ذكرها استطرادا للمسئلة السابقة كانه قيل لا تقبل يمين المدعى ولا بينة المدعى عليه والدليل متحد وفي كليهما خلاف الشافعي (قوله فهو من تلك الجهة مدع) أقول لو كان مدعيا لصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه (قوله قلت لا لان اليمين) أقول أنت خبير بان مراد السائل فهل يجب على

وبينة

فبينة الخارج أولى لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعيا وقال الشافعي يقضى ببينة ذى اليد لانها اعتضدت باليد والمعتضد أقوى فصار كما اذا أقاماها على نتاج دابة وهى في يد أحدهما أو أقاماها على نكاح ولاحدهما يد فانه يقضى لذى اليد وصار كدعوى الملك مع الاعتاق

وبينة الخارج أولى) وقال الشافعي يقضى ببينة ذى اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج

بعد هذا فان قيل أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من زيادة النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعى فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما تجب عند عجز المدعى عن البينة وههنا لم يعجز الى ههنا كلامه وقد أورد بعض الفضلاء على جوابه عن السؤال الاول بانه لو كان مدعيا لصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه وعلى جوابه عن السؤال الثانى بان مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذى اليد عن البينة والا فلا تمشية لسؤاله أصلا أقول ايراده الثانى متوجه ظاهر وقد كنت كتبته في مسوداتى قبل أن أرى ما كتبه وأما ايراده الاول فمندفع لان ذا اليد لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدع الزيادة المذكورة في الصور المزبورة وانما يجبر عليها من حيث انه مدعى عليه باستحقاق الخارج لما في يده وهذا ظاهر وكذا الخارج انما لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدع على ذى اليد استحقاقه لما في يده وأما من حيث انه مدعى عليه بالزيادة المذكورة في الصورة المزبورة فيجبر عليها وتحقيقه أن دعوى ذى اليد في الصورة المزبورة دعوى تابعة لدعوى الخارج حيث يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى مبتدأة مقصودة بالاصالة ففى جرى الخارج على دعواه يدعى عليه ذو اليد الزيادة المذكورة ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذى اليد والخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه وان ترك الخارج دعواه لا يدعى عليه ذو اليد شيأ لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه أصلا ولولا هذا التحقيق لانتقض تعريف المدعى والمدعى عليه بما هو حد عام صحيح على ما نص عليه المصنف فيما قبل وتقرر عندهم وهو أن المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة بصور كثيرة غير الصور المزبورة كما اذا ادعى رجل على آخر دينا معينا فادعى الآخر عليه ايفاء ذلك الدين اياه أو ابراءه عن ذلك الدين فان الاول لو ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالايفاء أو الابراء وكذا الحال في جميع صور دعاوى الدفع فالمخلص في الكل ما بيناه وحققناه ثم أقول بقى لنا كلام في أثناء جواب صاحب العناية عن السؤال الاول وهو أنه بين الزيادة التى يدعيها ذو اليد في الصور المزبورة بالنتاج والقبض وسبق التاريخ فالاول والثالث صحيحان والثانى ليس بظاهر الصحة لان معنى كون أحدهما قابضا في الصورة الثانية أن يكون المدعى في يده بالفعل لان يثبت قبضه بالبينة على ما سيجئ تفسيره وبيانه في الكتاب وشروحه في باب ما يدعيه الرجلان ولا يخفى أن كون المدعى في يد القابض في تلك الصورة أمر معاين لا يدعيه ذو اليد أصلا فضلا عن اقامة البينة عليه وقبول بينته بالاجماع فظهر أن بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة في الصورة المزبورة بالقبض ليس بتام فالحق أن يقول بدل قوله والقبض وتلقى الملك من شخص مخصوص فتدبر (وبينة الخارج أولى) يعنى أن بينة الخارج وبينة ذى اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج أولى بالقبول عندنا وفي أحد قولى الشافعي تهاترت البينتان ويكون المدعى لذى اليد تركا في يده وهذا قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذى اليد فيقضى بها لذى اليد قضاء ملك بالبينة وهو الذى ذكره المصنف بقوله (وقال الشافعي يقضى ببينة ذى اليد لاعتضادها باليد) أى لتأكد البينة باليد لان اليد دليل الملك (فيتقوى الظهور) أى فيتقوى ظهور المدعى (وصار) أى صار حكم هذه المسئلة (كالنتاج) أى كحكم مسئلة النتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد أن

الملك المقيد بدعوى النتاج وغيره (قوله فصار كالنتاج) بان ادعى كل واحد من الخارج وذى اليدان

بان يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة انه عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه فبينة ذى اليد أولى من بينة الخارج على العتق وكذلك في دعوى الاستيلاد والتدبير ولنا أن بينة الخارج أكثر اثباتا يعنى في علم القاضى أو اظهارا يعنى في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع ولان قدر ما أثبتته اليد لا تثبته بينة ذى اليد لان اليد دليل مطلق الملك فبينته لا تثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها تثبت الملك أو تظهره وما هو أكثر اثباتا في البينات فهو أولى لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه فان قيل بينة الخارج تزيل ما أثبتته اليد من الملك فبينة ذى اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل أجيب بانها ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينته مثبتة بل مؤكدة للملك الثابت والتأسيس أولى من التأكيد

الخارج اليمين عند عجز ذى اليد عن البينة والا فلا تمشية لسؤاله أصلا فليتأمل

(قوله لعدم زيادة يصير بها الخ) أقول يعنى لعدم زيادة يصير بتلك الزيادة ذو اليد مدعيا (قوله أو اظهارا الخ) أقول لعل الاظهر أن أو للتخيير في التعبير (قوله لان قدر ما أثبتته اليد الخ) أقول تعليل لقوله ان بينة الخارج أكثر اثباتا (قوله وما هو الى قوله لاجله فيه) أقول الضمير في قوله فيه راجع الى الموصول في قوله وما هو (قوله كما تقدم الخ) أقول في الورق السابق عند شرح قول المصنف واذا صحت الدعوى بشروطها

والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق والاستيلاد والتدبير ولنا أن بينة الخارج أكثر اثباتا أو اظهارا لان قدر ما أثبته اليد لا يثبته بينة ذى اليد اذ اليد دليل مطلق الملك

هذه الدابة نتجت عنده وأقاما البينة على ذلك ولاحدهما يد فانه يقضى لذى اليد (والنكاح) أى وكحكم مسئلة النكاح بان تنازعا فى نكاح امرأة وأقاما البينة على ذلك ولاحدهما يد فبينة ذى اليد أولى (ودعوى الملك مع الاعتاق) أى وكحكم مسئلة دعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد فى يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه فبينة ذى اليد أولى (أو الاستيلاد) عطف على الاعتاق فالمعنى أو دعوى الملك مع الاستيلاد بان تكون أمة فى يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة أنها أمته استولدها فبينة ذى اليد أولى (أو التدبير) أى أو دعوى الملك مع التدبير بان يكون عبد فى يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة انه عبده دبره فبينة ذى اليد أولى (ولنا أن بينة الخارج أكثر اثباتا) أى فى علم القاضى (أو اظهارا) أى فى الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا فى الواقع (لان قدر ما أثبته اليد لا تثبته بينة ذى اليد اذ اليد دليل مطلق الملك) ألا يرى أن من رأى شيأ فى يد انسان جازله أن يشهد بانه ماله فبينة ذى اليد غير مثبتة للملك لئلا يلزم تحصيل الحاصل وانما هى مؤكدة للملك الثابت باليد والتأكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات أصل الملك وأما بينة الخارج فمثبتة لاصل الملك فصح قولنا انها أكثر اثباتا وما هو أكثر اثباتا فى البينة فهو أولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه هذا زبدة ما فى الشروح فى حل كلام المصنف ههنا فان قيل بينة الخارج تزيل ما أثبته اليد من الملك فبينة ذى اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل أجيب بان البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيد بينة الخارج ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينة ذى اليد مثبتة بل مؤكدة للملك ثابت والتاسيس أولى من التأكيد كذا فى العناية أقول بقى ههنا شئ وهو أن المتبادر من قولهم ان بينة الخارج أكثر اثباتا ومن قولهم ان بينة الخارج أولى بالقبول من بينة ذى اليد فى الملك المطلق أن لذى اليد أيضا بينة وان من حقه اقامتها على الملك المطلق أيضا الا أن بينة الخارج أولى بالقبول من بينته لكونها أكثر اثباتا لكن التحقيق يقتضى أن لا يكون لذى اليد بينة شرعية فى الملك المطلق وان لا يكون من حقه اقامتها على الملك المطلق أصلا لانه مدعى عليه محض وليس على المدعى عليه غير اليمين بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر كما مر بيانه فالاظهر فى الاستدلال من قبلنا على مسئلتنا هذه ما ذكر فى بعض الشروح من أن لنا قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر فانه عليه الصلاة والسلام جعل جميع البينة فى جانب المدعى لان اللام فى البينة لاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق فى جانب المدعى عليه الا اليمين والمدعى اسم لمن يدعى الشئ ولا دلالة معه ولهذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعى النبوة والخارج بهذه المثابة لانه لا دلالة معه على الملك بخلاف ذى اليد

هذه الدابة نتجت عنده وأقاما البينة على ذلك ولاحدهما يد فانه يقضى لصاحب اليد وكذلك اذا تنازعا فى نكاح امرأة وأقاما البينة وهى فى يد أحدهما فصاحب اليد أولى ودعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد فى يد رجل أقام الخارج البينة انه عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة انه أعتقه وهو يملكه فبينة ذى اليد أولى من بينة الخارج لان المقصود ههنا اثبات الولاء على العبد والولاء كالنسب وانما أثبته كل واحد منهما على العبد فلما استوت البينتان ترجح جانب ذى اليد بيده وكذا لو ادعى كل واحد منهما انها أمته دبرها أو استولدها ولنا أن بينة الخارج أكثر اثباتا أى فى علم القاضى البينات شرعت للاثبات لانها وان كانت فى التحقيق مبينة مظهرة ولكن لما لم يكن لنا علم بذلك والاحكام عندنا تثبت باسبابها أخذت البينة حكم الاثبات كالعلل الشرعية فانها امارات فى حق الشرع وفى حقنا لها حكم الاثبات ولهذا وجب الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم يحال الى شهادتهم ايجابا (قوله أو اظهارا) أى

بخلاف

بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بها قال (واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول وألزمه ما ادعى عليه) وقال الشافعى لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعى فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعى دليل الظهور فيصار اليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلا أو مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه

فان اليد دليل الملك انتهى (بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه) فكانت بينة ذى اليد كبينة الخارج مثبتة له لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجحت احداهما باليد وكذا الحال فى النكاح الا أن المصنف لم يذكره من بين أخواته اما نسيانا واما اعتمادا على معرفة حاله مما ذكره فى النتاج (وكذا على الاعتاق وأختيه) أى وكذا اليد لا تدل على الاعتاق وأختيه وهما الاستيلاد والتدبير فاستوت البينتان فى الاثبات فى هذه الصور أيضا فترجحت احداهما باليد (وعلى الولاء الثابت بها) أى بهذه الاشياء الثلاثة وهى الاعتاق والاستيلاد والتدبير يعنى أن اليد لا تدل على الولاء الثابت بها أيضا فاستوت البينتان فى ذلك أيضا فترجحت احداهما باليد (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول) أى قضى القاضى على المدعى عليه بالنكول (وألزمه ما ادعى عليه) أى وألزم القاضى المدعى عليه ما ادعى عليه المدعى وفى بعض نسخ مختصر القدورى ولزمه بدل وألزمه أى ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعى (وقال الشافعى لا يقضى به) أى بالنكول (بل يرد اليمين على المدعى فاذا حلف) أى المدعى (يقضى به) أى يقضى له بما ادعاه وان نكل المدعى أيضا انقطعت المنازعة (لان النكول) تعليل لقوله لا يقضى به (يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة) أى عن اليمين الصادقة كما روى عن عثمان رضى الله تعالى عنه انه نكل عن اليمين وقال أخاف أن يوافقها قضاء فيقال ان عثمان حلف كاذبا كذا ذكره الامام خواهر زاده فى مبسوطه (واشتباه الحال) أى ويحتمل اشتباه الحال عليه بان لا يدرى انه صادق فى انكاره فيحلف أو كاذب فيه فيمتنع (فلا ينتصب) أى لا ينتصب نكول المدعى عليه (حجة مع الاحتمال) المذكور (ويمين المدعى دليل الظهور) أى دليل ظهور كون المدعى محقا (فيصار اليه) أى فيرجع الى يمين المدعى (ولنا أن النكول) أى نكول المدعى عليه (دل على كونه باذلا) أى دل على كون المدعى عليه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب أبى حنيفة (أو مقرا) أى على كونه مقرا ان كان النكول اقرارا كما هو مذهبهما (ولولا ذلك) أى ولولا كونه باذلا أو مقرا (لاقدم على اليمين اقامة للواجب) وهو اليمين لانها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين من أنكر وكلمة على للوجوب (ودفعا للضرر عن نفسه) أى دفع الضرر الدعوى

فى الواقع فان الخارج بينته تظهر ما كان ثابتا فى الواقع وبينة الخارج أكثر اثباتا لانه ببينته يستحق على ذى اليد الملك الثابت له بظاهر يده وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيأ لانه لا ملك للخارج بوجه فلا تكون بينته مثبتة للملك انما هو مؤكد للملك الثابت باليد والتأكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات أصل الملك فصح قولنا انها أكثر اثباتا بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق والتدبير والاستيلاد وعلى الولاء الثابت فاستوت البينتان فى الاثبات فترجح بينة ذى اليد بيده (قوله ويمين المدعى دليل الظهور) أى دليل ظهور كون المدعى محقا فى دعواه كما كانت يمين المدعى عليه (قوله ولنا أن النكول دل على كونه باذلا) أى على قول أبى حنيفة رحمه الله أو مقرا أى على قولهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب لانه

بخلاف النتاج والنكاح لان اليد لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجح أحداهما باليد فان قيل كان الواجب أن تكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر اثباتا لانها تثبت اليد والنتاج وبينة ذى اليد تثبت النتاج لا غير أجيب بان بينة النتاج لا توجب الأولية للملك وهما تساويا فى ذلك ويترجح ذو اليد فيقضى له (قوله وكذا على الاعتاق) أى اليد لا تدل على الاعتاق والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينتا الخارج وذى اليد ثم ترجحت بينة ذى اليد (قوله وعلى الولاء الثابت بها) أى بالاعتاق والاستيلاد والتدبير ومعناه أن البينتين فى الاعتاق وأختيه تدلان على الولاء اذ الولاء حاصل للعبد بتصادقهما وهما قد استويا فى ذلك وترجح صاحب اليد بحكم يده (قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين الخ) واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول وألزمه ما ادعاه عليه وقال الشافعى لا يقضى عليه بل ترد اليمين على المدعى فان حلف قضى به وان نكل انقطعت المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك لا ينتصب حجة بخلاف يمين المدعى لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب أبى حنيفة أو مقرا ان كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب لانها واجبة عليه لقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر وكلمة على للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه

(قوله وهما قد استويا فى ذلك) أقول يعنى استويا فى الولاء وقوله وهما راجع الى البينتين فى قوله معناه ان البينتين فى الاعتاق الخ

فترجح هــذا الجانب أى جانب كونه باذلا ان ترفع أومقرا ان تورع لان الترفع أوالتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير واعترض بان الالزام بالنكول يخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تعالى قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فالقضاء بالنكول يخالفه وقال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر ولم يذكر النكول واليمين فى جانب المــدعى عليه فى الابتداء لكون الظاهر شاهداله وبنكوله صار الظاهر شاهدا للمدعى فتعود اليمــين الى جانب المدعى

ولهــذا بدأنا فى اللعان بالايمان من جانب الزوج لشهادة الظاهر فان الانسان لا يلوث فراشــه كاذبا وان كان مــدعيا وأجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما مايدل عــلى نــفى القضاء بالنكول لان تخصيص الشئ بالذكر لايدل على نفى الحكم عما عداه والاجماع يدل على جوازه فانه روى اجماع الصحابة على ذلك وماروى عن على رضى الله عنــه انه حلف المــدعى بعد نكول المدعى عليه فقد روى عنه خــلاف ذلك روى عــن شريح أن المنكر طلب منه رد اليمــين على المــدعى فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدى على رضى الله عنــه فقال له على قالون وهو بلغة أهل الروم أصبت واذا ثبت الاجماع بطــل القياس عــلى أن اللعان عنــدنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعــن قائمــة مقام حــد القذف فكان معنى اليمين فيها غير مقصود ولا يجوز أن يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضى الاستمهال من القاضى لينكشف الحال

فترجح هذا الجانب

عن نفسه (فترجح هذا الجانب) واعلم أن حل المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من مداحض هذا الكتاب ولهذا لم يخل كلام واحد من الشراح ههنا عن اختلال واضطراب فقال صاحب العناية فترجح هذا الجانب أى جانب كونه باذلا أن ترفع أومقرا أن تورع لان الترفع والتورع انما يحــل اذا لم يفض الى الضرر بالغير انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان توزيع كونه باذلا أومقرا الى التورع والترفع مما لا يكاد يصح ههنا لان النكول عند أبى حنيفة بذل لا غير وعندهــما اقرار لاغير فعــلى التوزيع المزبور لا يثبت الرجحان فى هــذا الجانب على الترفع والتورع معا فى واحد من المذهبين بل انما يثبت رجحان كونه باذلا فى مذهب أبى حنيفة على الترفع فقط ورجحان كونه مقرا فى مذهبهما على التورع فقط وبه لا يتم المطلوب على شئ من المذهبين لان الترفع وحده أوالتورع وحده يحتمل واحدا من المحتملات المذكورة فى دليل الشافعى وبمجرد رجحان هــذا الجانب على واحــد من تلك المحتمــلات لا يتعين كونه مرادا للناكل حتى يتم المطلوب والحاصل أن فى تقرير صاحب العناية تخلط المذهبين كما ترى وأما ثانيا فلانا لانسلم أن التورع عن اليمــين الكاذبة سيما عن اليمين الغموس كما فيما نحن فيه انما يحــل اذا لم يفض الى الضرر بالغــير بل الظاهر أن التورع عنها واجب فى كل حال واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فان ماذكره من الافضاء الى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى أقول هــذا غير وارد فان الافضاء اليه فى صورة التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جدا لان كون المنكر كاذبا فى يمينه انما يتصور فيما اذا كان المــدعى حق عليــه فى الواقع فحينئذ لو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البذل أو الاقرار أفضى الى الضرر بالمــدعى قطعا لتضييع حقه وهو ماادعاه وكذا الافضاء اليه فى صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بادنى تامل لان يمين المنكر حق المــدعى لقوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه كما مر فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون رضا المــدعى بالبذل ونحوه أفضى الى الضرر بالمدعى بمنع حقه وهو يمين خصمــه وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية فترجح هذا الجانب أى جانب كونه باذلا أومقرا على جانب التورع لان الشرع ألزمه التورع عن اليمــين الكاذبة دون الترفع عن اليمــين الصادقــة فلذلك ترجح هذا الجانب فى نكوله انتهى أقول وفيه أيضا بحث أما أولا فلان ماذكراه من الدليل انما أفاد رجحان هذا الجانب أى جانب كونه باذلا أومقرا على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما ألزمه الشرع فلا ينبغى أن يلتزمه الناكل ولم يفد رجحانه على التورع عن اليمــين الكاذبة فلا معنى لقولهما على جانب التورع وان أريد بجانب التورع الجانب المقابل لجانب البذل والاقرار لا التورع نفسه فيكون الترفع أيضا داخلا فى ذلك الجانب بقى أن يقال ماذكراه من الدليل انما أفاد رجحان جانب كونه باذلا أومقرا على الترفع عن اليمين الصادقة فقط وهو يحتمل واحدا من المحتملات المذكورة فى دليل الخصم وبمجرد الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مر آنفا وأما ثانيا فلان ماذكراه من الدليل غير مذكور فى كلام

عليه السلام قال واليمين على من أنكر وكلمة على للوجوب (قوله فيترجح هذا الجانب) أى جانب كونه باذلا أومقرا على جانب التورع لان الشرع ألزمــه التورع عن اليمين الكاذبة دون الــترفع عن اليمين الصادقة ولذلك يرجح هــذا الجانب فى نكوله ولانه لا يتمكن من الترفع عن اليــمين الصادقة الا ببــذل

(قوله اذا لم يفض الى الضرر الخ) أقول فيه بحث فان ماذكره من الافضاء بالضرر الى الغير غير ظاهر (قوله ولا واعترض بان الالزام الخ) أقول هذا الكلام لا يتوجه من طرف الشافعى اذ ليس فى الآية دلالة على الالزام بيمين المدعى أيضا الا أن يكون الزاميا (قوله ويقال القضاء بالنكول زيادة على الكتاب وهى نسخ عندكم فليتأمل (قوله والاجماع يدل على جوازه) أقول الاجماع لا ينسخ ولا ينسخ به (قوله وهو بلغة أهل الروم أصبت) أقول بل معناه فى لغتهم جيد

ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمناه قال (وينبغى للقاضى أن يقول له انى أعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه) وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء

لارد اليمين فان رد اليمين لا وجه له لما قدمناه فى قوله ولا ترد اليمين على المدعى (قال وينبغى للقاضى أن يقول له الخ) وينبغى للقاضى أن يقول للمدعى عليــه انى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضــيت عليك بما ادعاه لان الانذار لاعــلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء لعــدم دلالة

المصنف وغير منفهم منه فكيف يتم بناء شرح قول المصنف فترجح هذا الجانب عليه والفاء فى فترجح تقتضى التفريع على ماسبق من كلامه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان فترجح هذا الجانب أى ترجح جانب كون الناكل باذلا أومقرا على الوجــه المحتمل وهو كونه متورعا أونحو ذلك لان النكول امتناع عن اليمــين التى وجبت عليه فلولا أن النكول بذل أو اقرار لكان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المــدعى والعاقل الدين لا يترك الواجب ولا يقــدم على الظلم والحاصــل أن النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا انتهى أقول وفيه أيضا بحث أما أولا فلان قوله وظلما على المدعى ليس بتام اذ لا نسلم أن النكول لو لم يكن بذلا أو اقرارا لكان ظلما على المدعى لجواز أن يكون للترفع عن اليمين الصادقة فحينئذ لا يتحقق الظلم على المدعى لان صدق المدعى عليه فى انكاره يستلزم كذب المدعى فى دعواه والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم اللهم الا أن يقال يجوز أن يعد النكول ظلما على المــدعى فى صورة صدق المدعى عليه أيضا من جهة أن يمين المدعى عليــه حق المدعى بموجب الحديث على مامر وأن فى النكول عنها منع هــذا الحق فصار الناكل ظالما على المدعى فى الجملة وأما ثانيا فلان فى التوزيع الحاصــل من قوله والحاصــل أن النكول ان كان امتناعا عن اليمــين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا اخلالا حيث لا يكون المطلوب حينئذ على واحد من المذهبــين بل يحتاج الى خلطهما على ما بيناه فى بحثنا الاول فى كلام صاحب العناية فالصواب عندى فى حل مراد المصنف ههنا أن يقال فترجح هذا الجانب أى جانب كون الناكل باذلا أومقرا على جميع الوجوه المحتملة المذكورة فى دليل الشافعى بناء على مقتضى ماسبق من قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وبيان ذلك أن العاقل الدين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفســه بشئ من تلك الوجوه المحتمــلة أما بالترفع عن اليمــين الصادقة فظاهر اذ هو ليس بامر ضرورى أصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس وأما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلان المتورع لا يترك الواجب عليــه بل يعطى حق خصمه فيســقط الواجب عن عهدته فان لم يكن الناكل باذلا أومقرا ولم يقــدم على اليمين انتفى احتمــال كونه متورعا وأما باشتباه الحال فلان من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه أيضا بل يتحرى فيقدم على اقامة الواجب أو يعطى حق خصمــه فيسقط عن عهدته الواجب فان لم يكن الناكل باذلا أومقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هــذا الاحتمــال أيضا وبالجملة أن قول المصنف اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه كلمة جامعة يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة فى دليل الشافعى باسرها فيترجح كون الناكل باذلا أومقرا بالضرورة (ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمناه) أشار به الى قوله ولا ترد اليمين على المدعى لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر الخ ونحن أيضا قدمنا واستوفينا هنالك دليل الشافعى فى رد اليمين على المــدعى وأجوبتنا عنه نقلا عن الكافى والتبيين بما لا مزيد عليه فتذكر (قال) أى القدورى فى مختصره (وينبغى للقاضى أن يقول له) أى للمدعى عليــه (انى أعرض عليك اليمين ثلاثا) أى ثلاث مرات (فان حلفت) أى ان حلفت خلصت أو تركتك (والا قضيت عليك بما ادعاه) أى بما ادعاه المدعى قال المصنف (وهذا الانذار) أى قول القاضى والا قضيت عليــك بما ادعاه (لاعــلامه بالحكم) أى الحكم (بالنكول اذ هو موضــع الخفاء) لكونه مجتهدا فيــه فان للشافعى خــلافا فيــه فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول فوجب أن يعرفه حتى يحلف

المال لانه انما يرتفع ملتزما للضرر بالغير بمنع الحق كذا فى المبسوط (قوله ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمنا) اشارة الى قوله ولا يرد اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البينة على المدعى الى آخره (قوله لاعلامه بالحكم) أى الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفاء لان القضاء بالنكول مجتهد فيه فان عند الشافعى رحمه الله

ثبص على ذلك فيجوز أن يلتبس عليهما لزمه بالنكول وهذا أولى من قوله م لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي خلافا فيه لما مر غير مرة ثم
العرض ثلاث مرات أولى ليس بشرط لجواز القضاء بالنكول بل المذهب فيه أنه لو قضى به بعد مرة جاز لما قدمنا أن النكول

قال (فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) وهذا التكرار ذكره الخصاف رحمه الله لزيادة الاحتياط والمبالغة فى ابلاء العذر فاما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول أولى

أو ينكل كذا فى الشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) قال المصنف (وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة فى ابلاء الاعذار) أى فى اظهارها يعنى أن هذا التكرار الذى ذكره الخصاف للاستحباب لا لانه شرط لجواز القضاء بالنكول ونظيره امهال المرتد ثلاثة أيام فانه مستحب لا واجب وأوضح هذا بقوله (فاما المذهب فانه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه) من أن النكول بذل أو اقرار وليس التكرار بشرط فى شئ منهما (هو الصحيح) احترازعن قول بعضهم انه لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ كذا فى أكثر الشروح وهذا معنى قول صاحب الكافى والتقدير بالثلاث فى عرض اليمين لازم فى المروى عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه فى الصحيح انتهى وقال صاحب غاية البيان احترازعن قول الخصاف فانه يشترط التكرار انتهى أقول هذا ليس بشرط صحيح فان المصنف بعد ما صرح بان الخصاف ذكر التكرار لزيادة الاحتياط والمبالغة فى ابلاء الاعذار كيف يزعم أنه اشترط التكرار فيحترز عن قوله (والاول أولى) أى العرض ثلاث مرات أولى يعنى أن القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الاولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث مرات وفى النهاية وذكر فى فتاوى قاضيخان صورة المسئلة قال رجل قدم رجلا الى القاضى فادعى عليه مالا أو وضيعة فى يده أو حقا من الحقوق فانكر فاستحلفه القاضى فابى أن يحلف فانه ينبغى للقاضى أن يقول له انى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا ألزمتك المدعى ثم يقول له القاضى احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذى يدعى وهو كذا وكذا ولا شئ منه فان أبى أن يحلف بالله فى المرة الاولى يقول له فى المرة الثانية كذلك فان أبى أن يحلف فى المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم أقضى عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شئ منه فان أبى أن يحلف يقضى عليه بدعوى المدعى وان قضى القاضى بالنكول فى المرة الاولى نفذ قضاؤه انتهى قال صاحب الكافى ولا بد أن يكون النكول فى مجلس القضاء وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف انتهى وقال الامام الزيلعى فى شرح الكنز ولا بد من أن يكون النكول فى مجلس القاضى لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره فى حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا أنه ليس له أن يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة أقامها عليه وقضى له بها و بعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعى بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعى بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور غير مأخوذ به وليس بشئ أصلا لان عمر رضى الله عنه قبل البينة من المدعى بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث فى يمينه ان كان لفلان على ألف درهم فادعى عليه فانكر فحلف ثم أقام المدعى البينة أن له عليه

لا يحكم بالنكول بل يرد اليمين الى المدعى (قوله فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) والتقدير بالثلاث فى عرض اليمين لازم فى المروى عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه فى الصحيح ولا بد أن يكون النكول فى مجلس القضاء وهل

بذل أو اقرار وليس التكرار بشرط فى شئ منهما والخصاف ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة فى ابلاء الاعذار فصار كامهال المرتد ثلاثة أيام فانه أولى وان قتل بغير امهال جاز لان الكفر مبيح (وقوله هو الصحيح) احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لانه أضعف من البذل والاقرار فيشترط فيه التكرار وصورة ذلك أن يقول القاضى احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شئ منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل يقول له بقيت الثالثة ثم أقضى عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى

(قوله فان للشافعى خلافا فيه لما مر) أقول فان زمان الشافعى متأخر ولا وجه لكون كلام أبى حنيفة مبنيا عليه وانما قال أولى دون الصواب لان مبنى قول أبى حنيفة كون الحكم بالنكول محل الاجتهاد دون خلاف الشافعى يستدل به على أنه محل الاجتهاد فقوله مجتهد فيه معناه أنه يمكن الاجتهاد فيه فليتامل (قوله ليس بشرط لجواز القضاء الخ) أقول قوله لجواز القضاء متعلق بقوله بشرط (قوله وليس التكرار بشرط فى شئ منهما) أقول يعنى من البذل والاقرار ثم
(قوله وصورة ذلك) أقول أى صورة العرض ثلاث مرات

المدعى (قال واذا كان الدعوى نكاحا الخ) ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت أو بالعكس أو ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه راجعها فى العدة وأنكرت أو بالعكس أو ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء أنه فاء اليها فى المدة وأنكرت أو بالعكس أو ادعى على مجهول أنه عبده أو ادعى المجهول ذلك أو اختصما على هذا الوجه فى ولاء العتاقة أو الموالاة أو ادعى على رجل أنه ولده أو والده أو ادعت على مولاها

ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح قال (وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر) عند أبى حنيفة رحمه الله ولا يستحلف عنده فى النكاح والرجعة والفىء فى الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان

ألفا وقيل عند أبى يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر الى ههنا كلامه (ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه) أى حكم الثانى وهو الحكمى (حكم الاول) وهو الحقيقى (اذا علم أنه لا آفة به) أى بالمدعى عليه (من طرش) الطرش بفتحتين أهون الصمم يقال هو مولد (أو خرس) بفتحتين أيضا آفة باللسان تمنع الكلام أصلا (هو الصحيح) اختلفت الروايات فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا أحلف فقال بعض أصحابنا اذا سكت سأل القاضى عنه هل به خرس أو طرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يجلس حتى يجيب والاول الصحيح كذا فى غاية البيان نقلا عن شرح الاقطع (قال) أى القدورى فى مختصره (وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند أبى حنيفة ولا يستحلف عنده) يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر (فى النكاح) أى لا يستحلف عنده فى دعوى النكاح بان ادعى رجل على امرأة انه تزوجها أو بالعكس (والرجعة) أى لا يستحلف عنده فى دعوى الرجعة أيضا بان ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه كان راجعها فى العدة وأنكرت أو بالعكس (والفىء فى الايلاء) أى فى دعوى الفىء بالايلاء أيضا بان ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء أنه كان فاء اليها فى المدة وأنكرت أو بالعكس (والرق) أى وفى دعوى الرق أيضا بان ادعى على مجهول النسب أنه عبده وأنكر المجهول أو بالعكس (والاستيلاد) أى وفى دعوى الاستيلاد أيضا بان ادعت أمة على مولاها أنها ولدت منه ولدا وأنكر المولى ولا يجرى فيه العكس كما سيذكره المصنف (والنسب) أى وفى دعوى النسب أيضا بان ادعى على مجهول أنه ولده أو والده وأنكر المجهول أو بالعكس (والولاء) أى وفى دعوى الولاء أيضا بان ادعى على مجهول النسب انه معتقه ومولاه وأنكر المجهول أو بالعكس أو كان ذلك فى ولاء الموالاة اذ الولاء يشمل ولاء العتاقة وولاء الموالاة (والحدود) أى وفى دعوى الحدود أيضا بان ادعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود وأنكره الآخر (واللعان) أى وفى دعوى اللعان أيضا بان ادعت على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج واعلم أن هذه الاشياء كلها مذكورة فى مختصر القدورى ههنا الا اللعان فانه غير مذكور فيه ولكنه مذكور فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (وقال أبو يوسف ومحمد يستحلف فى ذلك كله الا فى الحدود واللعان) فتقرر أنه لا يستحلف فى الحدود واللعان على قولهم جميعا وانما اختلافهم فى الاشياء السبعة الباقية وفى الكافى قال القاضى فخر الدين فى الجامع الصغير والفتوى على قولهما وقيل ينبغى للقاضى أن ينظر فى حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه أخذا بقوله انتهى وفى النهاية هذا كله اذا لم يكن المقصود مالا وان كان المقصود دعوى مال بان ادعت المرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها

يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم ان كان الاستحلاف عند غير القاضى كان المدعى على دعواه لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة واليمين عند غير القاضى غير قاطعة وان كان الاستحلاف الاول من القاضى لا يحلفه ثانيا وكذا لو اصطلحا على أن المدعى لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف فالصلح باطل ولا شئ على المدعى عليه (قوله ولا يستحلف عنده فى النكاح والرجعة الخ) وصورة ذلك بان ادعى رجل على امرأة انه

أنها ولدت منه وهذا لا يتحقق الا من جانب الامة لان المولى اذا ادعى ذلك ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها أو ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج أو ادعى على رجل ما يوجب الحد وأنكره فانه لا يستحلف فى هذه كلها عند أبى حنيفة وقالا يستحلف فى ذلك كله واذا نكل يقضى بالنكول الا فى الحدود واللعان

(قوله الا فى الحدود الخ) أقول استثناء من قوله وقالا يستحلف (قال المصنف ولا يستحلف عنده فى النكاح والرجعة والفىء فى الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان الخ) أقول قال الزيلعى قال القاضى الامام فخر الدين الفتوى على أنه يستحلف المنكر فى الاشياء الستة يعنى فى هذه التى عدها سوى الحدود واللعان انتهى انما قال فى الاشياء الستة نظرا الى اتحاد النسب والاستيلاد (قال المصنف يستحلف فى ذلك كله الخ) أقول قال فى النهاية لا يستحلف فى الحدود بالاجماع الا اذا

 تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا فقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد أنه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق لا الزنى انتهى ينبغى أن يقول العبد فى دعواه انه قد أتى بما علق عليه عتقى ولا يقول انه قد زنى كى لا يصير قاذفا مولاه

وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما أن النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ماقدمناه اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين الصادقة اقامة للواجب

عليه نصف المهر وأنكر يستحلف في قولهم فان نكل يقضى عليه بنصف المهر على مايجيء بعد هذا في الكتاب وسئل الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني عن المرأة اذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لاثبات النكاح والزوج ينكر ماذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المرأة معلقة أبدا الدهر قال يستحلفه القاضي ان كانت هذه امرأتك فهي طالق حتى يقع الطلاق ان كانت امرأته فتتخلص منه وتحل للازواج وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي في باب اليمين أن الفقيه أبا الليث أخذ بقوله في هذه المسئلة وهكذا في الواقعات أيضا وكيفية الاستحلاف عندهما أن يحلف على الحاصل ان كانت المرأة هي المدعية بالله ماهذه امرأتك بهذا النكاح الذي ادعته وان كان الزوج هو المدعي تحلف بالله ماهذا زوجك على ما ادعى والمتأخرون من مشايخنا على أنه ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول أبي حنيفة وهو كما اختاره شمس الائمة في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضاه ان القاضي ان علم بالمدعي التعنت في اباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل بغير محضر من الخصم وان علم بالموكل القصد الى الاضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك الا برضا الخصم حتى يكون دافعا للضرر من الجانبين كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والمحبوبي وفي الحدود لا يستحلف بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد أنه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي الى هنا لفظ النهاية (وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى لانه لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها) وانما خص صورة الاستيلاد بالذكر من بين أخواته تنبيها على أنه لا مساغ للدعوى في هذه الصورة الا من جانب واحد بخلاف اخواته الخلافية فان للدعوى فيها مساغا من الجانبين كما صورناه فيما مر (لهما) أي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله (أن النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار) أي في انكاره السابق (على ماقدمناه) يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وفيها تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه تعظيما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما

تزوجها وأنكرت المرأة ذلك أو ادعت المرأة النكاح وأنكر الرجل أو ادعى الرجل بعد الطلاق وانقضاء العدة انه كان راجعها في العدة وأنكرت المرأة أو ادعت المرأة ذلك وأنكر الزوج أو ادعى الزوج بعد انقضاء مدة الايلاء انه كان فاء اليها في المدة وأنكرت المرأة أو ادعت المرأة ذلك وأنكر الزوج أو ادعى مجهول النسب انه عبده أو ادعى ذلك على المجهول أو اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة أو ولاء الموالاة أو ادعى على رجل ان المدعى عليه ولده أو والده أو ادعت المرأة على مولاها انها ولدت منه هذا الولد أو ادعت انها ولدت منه ولد وقد مات الولد وانها أم الولد له عند أبي حنيفة رحمه الله لا يستحلف المنكر في هذه المسائل السبع وعندهما يستحلف واذا نكل يقضى بالنكول وفي الاستيلاد لا يتصور الطرف الآخر لان المولى اذا أقر به يصح اقراره فلا حاجة حينئذ الى الاستحلاف وفي اللعان لا يستحلف في قولهم جميعا وصورته اذا ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفا موجبا للعان وأنكر الزوج لا يستحلف لان موجب قذف الزوج زوجته معتبر بموجب قذف الاجنبي وفيه لا يقضى بالنكول هذا مثله لان كل واحد منهما يندرئ بالشبهات حتى لا يثبت بالابدال من الحجج ككتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين ولا يعمل فيها البذل والاباحة

لهما أن النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار السابق لما قدمناه يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فان فيه تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله على لسانه معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث والاقرار يجرى في هذه الاشياء فيعمل بالنكول فيها الا أنه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندرئ بالشبهات فلا يجرى في الحدود واللعان في معنى الحدود فلا يجرى فيه أيضا وعليه نقوض اجمالية الاول ماذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع

(قال المصنف وصورة الاستيلاد أن يقول الخ) أقول يفهم من تصوير الاستيلاد فيما ذكره أن لا يصح عكسه فلذلك قال لانه لو ادعى المولى الخ (قوله واللعان في معنى الحد) أقول قوله واللعان مبتدأ وقوله في معنى الحد خبره (قوله وعليه نقوض اجمالية) أقول بل الظاهر أن تلك الاسئلة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودربة

فكان

ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو أقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع

واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان

فكان اقرارا أو بدلا عنه والاقرار يجرى في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد

ترك هذه الفوائد الثلاث كذا في العناية وغيرها (فكان) أي النكول (اقرارا أو بدلا عنه) بفتح الدال أي خلفا عن الاقرار يعني أنه قائم مقام الاقرار أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة تحرير المصنف ههنا حيث عين أولا كون النكول اقرارا ثم فرع على دليله كونه اقرارا أو بدلا عنه بالترديد ولا يدفعها ماذكر في النهاية والكفاية من أنه جاز أن يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليهما في القول بالاقرار انتهى اذ كان يمكن دفع ذلك بذكر الترديد أولا أيضا أو بالاكتفاء بذكر كونه بدلا عنه في الموضعين معا بل كان هذا أي الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما ستقف عليه (والاقرار يجرى في هذه الاشياء) هذا كبرى دليلهما على جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة تقريره أن النكول اقرار والاقرار يجرى في هذه الاشياء ينتج أن النكول يجرى في هذه الاشياء فاذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها أيضا لحصول فائدة الاستحلاف وهي القضاء بالنكول كما في سائر مواضع الاستحلاف (لكنه) أي لكن النكول (اقرار فيه شبهة) لانه في نفسه سكوت (والحدود تندرئ بالشبهات) فلا يجرى النكول فيها (واللعان في معنى الحد) لانه قائم مقام حد القذف في حق الزوج حتى أن كل قذف يوجب حد القذف على الاجنبي اذا قذف الاجنبيات فكذلك يوجب اللعان على الزوج وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة كما تقرر في باب اللعان فلا يجرى النكول فيه أيضا قال صاحب العناية وعليه نقوض اجمالية الاول ماذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فأنكر البيع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الثاني فانكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو أقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ماذكره في المبسوط أن الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فأنكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرار القضى به والجواب أن النكول اما اقرار أو بدل منه فوجه الاقرار ماتقدم ووجه كونه بدلا أن المدعي يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار والانكار فان أقر فقد انقطعت وان أنكر لم تنقطع الا بيمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي الى ههنا كلامه أقول ماذكره في الجواب منظور فيه من وجوه الاول أن الظاهر من قوله فوجه الاقرار ماتقدم ووجه كونه بدلا كيت وكيت أن ماتقدم انما يصلح لان يكون وجه الاقرار لا لان يكون وجه كونه بدلا منه مع أنه صالح لهما ولهذا فرعهما المصنف عليه حيث قال فكان اقرارا أو بدلا عنه الثاني أن الوجه الذي ذكره لكونه بدلا منه غير تام اذ يرد عليه منع قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة لجواز أن يكون بدلا كما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله لا بدلا عن الاقرار وقطعه الخصومة لا يدل على كونه بدلا عنه لتحقق

(قوله فكان اقرارا أو بدلا عنه) أي خلفا عن الاقرار جاز أن يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليهما في القول بالاقرار والنكول ليس باقرار في نفسه ولكن يجعل مقام الاقرار لوجوب قطع الخصومة بالاقرار أو باليمين وانما يلزم القطع بقدر الحاجة فيقوم النكول مقام الاقرار بقدر الحاجة على الخصوص ألا ترى أنه لا يصح الا في مجلس القضاء لانه يثبت بحسب حاجة القاضي اليه وأما الاقرار فحجة لا

ووجوبها انما هو في مجلس القضاء فليتامل (قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار) أقول أي خلفا عنه فيقوم النكول مقام الاقرار بقدر الحاجة يعني أنه خلف ضروري لا مطلق (قوله بقطع الخصومة) أقول الظاهر أن يقول يقطع الخصومة (قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي) أقول بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف

اقرارا لزم الوكيل الثالث ماذكره في المبسوط أن الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرار القضى به والجواب أن النكول اما اقرار أو بدل منه فوجه الاقرار ماتقدم ووجه كونه بدلا ان المدعي يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار أو الانكار فان أقر فقد انقطعت وان أنكر لم تنقطع الا بيمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي

(قوله ولو كان النكول اقرار القضى به) أقول قال الزيلعي لو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون القضاء انتهى والحال أنه ليس كذلك فانه لا يجوز الا في مجلس القاضي وقضائه فافهم ولعل الجواب هو الجواب وأيضا الذي جعلاه اقرارا هو النكول عن اليمين الواجبة

ولابي حنيفة رحمه الله تعالى أنه

القطع المزبور بكونه بدلا أيضا ولجواز أن يكون نفس الاقرار بدلا عنه فحينئذ أيضا لا يتم التقريب الثالث أن الاقرار اذا كان مخالفا في الاحكام لما هو بدل عنه كما هو في صور النقوض المذكورة فمن أين يعرف جريان بدل الاقرار أيضا في الاشياء المذكورة حتى يتم دليلهما المذكور في الكتاب الرابع أن قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى انما يتم لو كان المذكور في دليلهما المسفور كون النكول اقرارا فقط ولما كان المذكور فيه كونه اقرارا أو بدلا عنه بالترديد كما ترى لم يحتج في دفع النقوض المزبورة بما ذكر الى تغيير شئ أصلا فلم يتم قوله المذكور ثم ان لبعض الفضلاء كلامين في تحرير صاحب العناية ههنا أحدهما في جانب السؤال والآخر في جانب الجواب أما الاول ففي قوله وعليه نقوض اجمالية حيث قال بل الظاهر أن تلك الاسئلة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تامل ودراية انتهى وأما الثاني ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى حيث قال بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف انتهى أقول كل واحد منهما ساقط أما الاول فلان كون تلك الاسئلة معارضات مما لا يكاد يحسن لان حاصل كل واحد منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول اقرارا في صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الامامين وهو صريح نقض اجمالي ولا لطف للعمل على المعارضة في شئ منها لان المدعى ههنا هو كون النكول اقرارا كليا وما ذكر في كل واحد منها صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعى بالكلية وانما غر ذلك البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الاسولة ولو كان النكول اقرارا لكان جواب المسئلة خلاف ما ذكر والحال أن المراد مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا اقامة الدليل على خلاف المدعى كما لا يخفى وأما الثاني فلان مراد صاحب العناية بالمدعى ههنا قولهما ان النكول اقرار المستدل عليه في كلام المصنف بقوله لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فاذا صير في الجواب عن النقوض المذكورة الى كون النكول بدلا عن الاقرار لا نفس الاقرار فقد غير ذلك المدعى قطعا وكون قولهما ان النكول اقرار مقدمة الدليل بالنظر الى أصل المسئلة وهو جواز الاستحلاف عندهما لا ينافي كونه مدعى بالنظر الى كونه مستدلا عليه بالدليل المستقل والعجب من ذلك القائل أنه جعل الاسولة المذكورة معارضات والمعارضة اقامة الدليل على خلاف مدعى الخصم وهذا لا يتصور الا بان يكون المدعى ههنا قولهما ان النكول اقرار اذ لا مساس لتلك الاسولة باصل المسئلة كما لا يخفى (ولابي حنيفة أنه) أي

لوجوب قطع الخصومة عليه حتى لو أقر في غير مجلس القضاء أو قبل الدعوى صح واذا كان كذلك يجعل النكول فيما وراء لوجوب كأنه نكل في غير مجلس القضاء باستحلاف الخصم نفسه ويدل على ما قلنا ما ذكر في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين ورد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف عليه ولو جعل النكول اقرارا من كل وجه للزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو أقر في تلك فان قيل الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل فانه يلزم الموكل ولو جعل اقرارا للزم الوكيل قلنا انه وان كان كالاقرار فهو أمر لزمه بسبب البيع بحيث لا اختيار له والموكل أدخله فيه فعليه أن يخرجه منه كما لو استحق المبيع منه بعد الهلاك فان الوكيل يضمن ويرجع به على الموكل فاما اذا أقر فهو شئ لزمه باختياره الاقرار فانه كان يتفصى عن الدعوى بالسكوت والنكول كما اذا ثبت الاستحقاق باقراره يلزمه الضمان ولا يرجع به فان قيل يشكل على ما قلنا مسئلة ذكرها في المبسوط وهي أن الرجل اذا قال كفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل فقضى القاضي بنكوله لا يقضى بالمال على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضى به قلنا انهما يقولان ان النكول بدل عن الاقرار وليس باقرار ولهذا لا يثبت المدعى بنفس النكول بخلاف الاقرار ولابي حنيفة رحمه الله أنه بذل وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها وغير مفسر بالهبة والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول وهبة نصف الدار شائعا لا تصح

بذل

ولابي حنيفة أن النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين لا تبقى واجبة مع النكول

وما كان كذلك فهو اما بذل او اقرار لحصول المقصود به لكن انزاله باذلا أولى كي لا يصير كاذبا في الانكار السابق والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه اذا قال مثلا أنا حر وهذا الرجل يؤذيني فدفعت اليه نفسي أن يسترقني أو قال أنا ابن فلان ولكن أبحت لهذا أن يدعي نسبي أو قالت أنا لست بامرأته لكن دفعت اليه نفسي وأبحت له الامساك لا يصح وعليه نقوض الاول انه لو كان بذلا لما ضمن شيأ آخر اذا استحق ما أدى بقضاء كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيأ ولكن المدعى يرجع الى الدعوى الثاني لو كان بذلا كان ايجابا في الذمة ابتداء وهو لا يصح الثالث أن الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم فلم يكن النكول بذلا الرابع أن العبد المأذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان بذله باطل الخامس يقضى بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان البذل لا يحتمل فيها والجواب عن الاول أن بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى فاما ههنا فالمدعى يقول أنا آخذ هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وعن الثاني بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالات وسائر المداينات وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح وأما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يوجبه بل هو موجب قطعا للمنازعة وعن الرابع انا لا نسلم عدم صحة البذل من المأذون بما دخل تحت الاذن كاهداء المأكول والاعارة والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس انا لا نسلم أن البذل فيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا نحو أن يقول اقطع يدي وبها آكلة لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين لا يقال أبو حنيفة ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من أنكر بالرأي وهو لا يجوز لان أبا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجري فيها

بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا أولى كي لا يصير كاذبا في الانكار

النكول (بذل) وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها لا الهبة والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول وهبة نصف الدار شائعا لا تصح كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (لان معه) أي مع البذل (لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود به) أي لحصول المقصود من اليمين وهو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك باعثا على ترك الاقدام على اليمين هذا هو العلة المجوزة لكون النكول بذلا وأما العلة المرجحة لكونه بذلا على كونه اقرارا فهي ما أشار اليه بقوله (وانزاله باذلا أولى) أي من انزاله مقرا (كي لا يصير كاذبا في الانكار) أي في انكاره السابق يعني لو حملناه على الاقرار لكذبناه في انكاره السابق ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب قيل عليه لو كان النكول بذلا لما ضمن شيأ آخر اذا استحق ما أدى بقضاء كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيأ ولكن المدعى يرجع الى الدعوى وأجيب عنه بان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى وأما ههنا فالمدعى يقول أنا آخذ هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وقيل عليه ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا وأجيب عنه بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح وأما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يجب به بل هو موجب له قطعا للمنازعة وقيل عليه يقضى بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى به لان البذل لا يعمل فيها وأجيب عنه بانا لا نسلم أن البذل فيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا نحو أن يقول اقطع يدي وبها آكلة حيث لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين هذه خلاصة ما في

(قوله لان معه لا تبقى اليمين واجبة) أي مع البذل لحصول المقصود أي حصول ما ادعاه المدعى (قوله وانزاله باذلا أولى) جواب لما يقال ان اليمين كما لا تبقى مع البذل لا تبقى مع الاقرار فلم جعل أبو حنيفة رحمه الله البذل أولى ولم يجعله اقرارا كما جعلاه فقال انزاله باذلا أولى لانا لو حملناه على الاقرار لكذبناه

سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود (قوله وفائدة الاستحلاف) يعني أن البذل في هذه الاشياء لا يجري ففات فائدة الاستحلاف لان فائدته القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لا يجري فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة وقوله

(قوله وما كان كذلك فهو اما بذل أو اقرار الخ) أقول تقريره لا يطابق المشروح (قوله اذا استحق ما أدى بقضاء الخ) أقول كما اذا أدى من الدراهم المودعة (قوله الثاني لو كان بذلا لكان ايجابا الخ) أقول الملازمة ممنوع ان أريد كان ايجابا من الناكل وان أريد في زعم المدعى فليس بزعمه ابتداء والجواب أن المراد هو الاول ولو لم يوجب لم يحكم القاضي به فتامل فلا ينتقض بالنذر اذ لا يحكم فيه القاضي (قوله بل هو صحيح كما في الحوالة) أقول لم يذكر الكفالة لان الاصح انها ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا الدين فتامل (قوله سائر المداينات) أقول وفيه تامل فان قيد ابتداء يدفعه نعم في الصلح عن انكار ذلك (قوله لان أبا حنيفة الخ) أقول هذا جواب لقوله لا يقال أبو حنيفة ترك الحديث المشهور الخ وأجاب العلامة الكاكي بانه خص من الحديث الحدود بالاجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ولم يذكره الشارح لان المخصص يجب أن يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك وفيه تامل (قوله والبذل لا يجري فيها) أقول أي في الاوصاف

والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته فى الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين

لشروح ههنا من الاسولة والاجوبة (والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء) فانه لو قالت مثلا لا نكاح بينى و بينك ولكنى بذلت لك نفسى لم يصح بذلها وكذا لو قال أنا حر الاصل ولكن هذا يؤذينى بالدعوى فبذلت له نفسى ليسترقنى أو قال أنا ابن فلان ولكن هذا يؤذينى بالدعوى فابحت له أن يدعى نسبى لم يصح بذله بخلاف الاموال فانه لو قال هذا المال ليس له ولكنى أبحته و بذلته له لا تخلص من خصومته صح بذله (وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول) ولما لم يجز البذل فى هذه الاشياء لم يتصور فيها القضاء بالنكول الذى هو البذل (فلا يستحلف) فيها لعدم الفائدة قال صاحب الكافى فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر قلنا خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصورة بالقياس انتهى وقال صاحب العناية لا يقال أبو حنيفة رحمه الله ترك الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر بالرأى وهو لا يجوز لان أبا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم تفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجرى فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء وأجاب العلامة الكاكى بانه خص من الحديث الحدود بالاجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ولم يذكره الشارح يعنى العناية لان المخصص يجب أن يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك انتهى أقول مدار كلامه على ما فهمه من أن يكون مراد العلامة الكاكى أن تخصيص الحدود من الحديث هو اجماع الامة والظاهر أن مراده بالاجماع اتفاق الائمة فالمعنى كون الحديث مما خص منه البعض وهو الحدود متفق عليه ولا ينافى هذا كون المخصص نصا ومقارنا على أن قاعدة الاصول هى أنه اذا لم يعلم المقارنة وعدمها يحمل على المقارنة فيتم المطلوب و يؤيد كون مراده بالاجماع اتفاق الائمة فى كون الحديث مخصوصا ان الجواب الذى ذكره وقع فى الكافى والكفاية من غير ذكر قيد الاجماع فتأمل (الا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة) هذا جواب سؤال مقدر وهو أن النكول لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لما أن فى البذل معنى التبرع وهما لا يملكانه فاجاب بانهما يملكان ما لا بد له من التجارة كما فى الضيافة اليسيرة و بذلهما بالنكول من جملة ذلك كذا فى عامة الشروح أقول للمانع أن يمنع كون بذلهما من جملة ذلك اذ الخصومة تندفع بدون ذلك من غير ضرورة بان أقدما على اليمين ان كانا صادقين فى انكارهما و بان أقرا ان كان المدعى هو الصادق فليتأمل (وصحته) أى صحة البذل (فى الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين) هذا أيضا جواب سؤال مقدر وهو

فى الانكار ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء فان المرأة لو قالت لا نكاح بينى وبينك ولكن بذلت لك نفسى لا يعمل بذلها وكذا لو قال لست بابن فلان ولا مولى له بل أنا حر الاصل ولكن هذا يؤذينى بالدعوى فابحت له أن يدعينى وكذا لو قال أنا حر الاصل ولكن أبذل له نفسى ليسترقنى لا يعمل بذله أصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس له ولكنى أبيحه وأبذله له لا تخلص من خصومته صح بذله * فالحاصل ان كل محل يقبل الاباحة بالاذن ابتداء يقضى عليه بنكوله وما لا فلا (قوله الا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب) لما كان النكول بذلا عنده كان ينبغى أن لا يعتبر النكول من المكاتب والمأذون لانهما لا يملكان البذل وانما اعتبر النكول منهما لانه بذل لقطع الخصومة فلا يجدان بدا منه فيملكانه كالضيافة اليسيرة (قوله وصحته فى الدين بناء على زعم المدعى) جواب لان يقال لو كان النكول بذلا لما جرى فى الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ البذل والاعطاء

قال

(الا أن هذا بذل) جواب سؤال تقريره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لان فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه آنفا أنهما يملكان ما لا بد له من التجارة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك وقوله (وصحته فى الدين) جواب عما يقال انه لو كان بذلا لما جرى فى الدين لانه وصف فى الذمة والبذل لا يجرى فيها ووجه ذلك أن البذل فى الدين ان لم يصح فاما أن يكون من جهة القابض أو من جهة الدافع فان كان الاول فلا مانع ثمة لانه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه وان كان الثانى فالمراد به ههنا أى فى الدين ترك المنع وجاز له أن يترك المنع فان قيل فهلا جعل فى الاشياء السبعة أيضا تركا للمنع حتى يجرى فيها أجيب بان أمر المال هين تجرى فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فان أمرها ليس بهين حيث لا تجرى فيها الاباحة وجعله ههنا ترك المنع وفى قوله الا أن هذا بذل لدفع الخصومة غير الترك وفى ذلك تسامح فى العبارة والذى ذكرناه فى مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله أولى

(قوله ووجه ذلك أن البذل فى الدين الخ) أقول لم يخرج الجواب الصريح عن السؤال على ما قرره

قال (ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع) لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به

أن النكول لو كان بذلا لما جرى فى الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ الدين وصف فى الذمة والبذل والاعطاء لا يجريان فى الاوصاف فاجاب بان معنى البذل ههنا ترك المنع فكان المدعى يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وترك المنع جائز فى الاموال لان أمر المال هين حيث تجرى فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فانه لا تجرى فيها الاباحة كذا فى الشروح وسائر المعتبرات حتى أن صاحب الكافى أتى بصريح السؤال والجواب حيث قال فان قيل لو كان بذلا لما جرى فى الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ البذل والاعطاء لا يجريان فى الاوصاف والدين وصف فى الذمة قلنا البذل ههنا ترك المنع كان المدعى يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وأمر المال هين بخلاف النكاح ونحوه انتهى وأقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة بعد التأمل الصادق أن الجواب المذكور لا يدفع السؤال المزبور وان تلقته الثقات بالقبول لان الدين لما كان وصفا ثابتا فى الذمة غير منتقل عنها لم يكن قابلا للاخذ والاعطاء وان ترك المنع انما يتصور فى الاموال المتحققة فى الاعيان لا فى الاوصاف الثابتة فى الذمم لان ترك المنع فرع جواز الاخذ فما لم يكن قابلا للاخذ لم يتصور فيه ترك المنع فلم يكن الذى يأخذه المدعى من المدعى عليه بناء على زعمه أنه حق نفسه الدين بل كان العين وكذا لم يكن الذى ترك المدعى عليه منعه أخذ الدين بل كان أخذ العين والسؤال بالدين لا بالعين فالجواب المذكور لا يدفعه والحق عندى فى الجواب أن يقال معنى البذل فى الدين احداث مثله فى ذمة المدعى باعطاء عين مماثل معياره معيار الدين المدعى وحصول المقاصة به من الطرفين كما أن معنى قضاء الدين هذا ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها على ما حقق فى موضعه فاذا قال المدعى مثلا لى عليه عشرة دراهم كان معناه حصل الى فى ذمته وصف معياره عشرة دراهم فالذى يلزم المدعى عليه عند نكوله عن اليمين اعطاء عين مماثل معياره معيار ما ادعاه المدعى من الدين وهو عشرة دراهم فالمبذول حقيقة هو العين الذى يعطى لا الدين نفسه وان كان المدعى دينا (قال) أى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير (ويستحلف السارق) يريد به أنه اذا أراد المسروق منه أخذ المال دون القطع يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات ألا يرى أنه يثبت بكتاب القاضى الى القاضى والشهادة على الشهادة فجاز أن يثبت بالنكول الذى هو بذل أو اقرار فيه شبهة والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة فكذلك لا تقام بالنكول فلهذا لا يجرى اليمين فى الحدود وعن محمد أنه قال القاضى يقول للمدعى ماذا تريد فان قال أريد القطع فالقاضى يقول له ان الحدود لا يستحلف فيها فليست لك يمين وان قال أريد المال فالقاضى يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال كذا فى النهاية نقلا عن الامام المرغينانى والمحبوبى قال المصنف (فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله) أى بفعل السارق وهو السرقة (شيآن الضمان) أى أحدهما ضمان المال (ويعمل فيه النكول والقطع) أى وثانيهما قطع اليد (ولا يثبت به) أى لا يثبت القطع بالنكول وقال صاحب العناية يريد المصنف بفعله فى قوله لان المنوط بفعله شيآن النكول ثم قال ويجوز أن يراد به فعل السرقة أقول الثانى هو الصحيح والاول فاسد لان المصنف صرح بان القطع لا يثبت بالنكول فحينئذ لا يناط القطع بالنكول قطعا فكيف يصح أن يحمل الفعل فى قوله لان المنوط بفعله شيآن على النكول وأحد الشيئين هو القطع ثم أقول بقى فى كلام المصنف شئ وهو

لا يجريان فى الاوصاف والدين وصف فى الذمة * فاجاب ان البذل هنا ترك المنع كان المدعى يأخذه منه بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وأمر المال هين بخلاف النكاح ونحوه * فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من أنكر * قلنا خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس * قال القاضى فخر الدين رحمه الله فى الجامع الصغير والفتوى على قولهما * وقيل ينبغى ان ينظر فى حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه و يأخذ بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقوله كما فى

قال (ويستحلف السارق الخ) اذا كان مراد المسروق منه أخذ المال يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات فجاز أن يثبت بالنكول وعن محمد أنه قال القاضى يقول للمدعى ماذا تريد فان قال أريد القطع يقول القاضى الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين وان قال أريد المال يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال قال المصنف (فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله) يريد به النكول (شيآن الضمان) ويعمل النكول فيه والقطع فلا يثبت به

(قوله يريد به النكول فيه) أقول فيه بحث (قوله والقطع ولا يثبت به) أقول فيه شبهة التناقض والاصوب تفسير فعله بفعل السرقة

فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة ويجوز أن يراد بقوله بفعله فعل السرقة (واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول بها استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجرى في الطلاق عندهم لاسيما

اذا كان المقصود هو المال) فان قلت هل في تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فائدة قلت هي تعليم أن دعوى المهر لا تتفاوت بين أن تكون في كل المهر أو نصفه وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك (وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح) فان قلت وجب أن يثبت النكاح أيضا لانه يثبت بالشبهات قلت البذل لا يجرى فيه كما تقدم

فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان قال (واذا ادّعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا) لان الاستحلاف يجرى في الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح

أن التعليل الذي ذكره بقوله لان المنوط بفعله شيآن الى آخره لا يفيد شيأ يعتد به اذ ليس فيه بيان لمية المدعى ههنا بل هو مجرد تفصيل لما قبله فان قوله الضمان و يعمل فيه النكول تفصيل لقوله فان نكل ضمن من غير اشارة الى علة كون النكول عاملا فيه وقوله والقطع ولا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير اشارة الى علة عدم ثبوت القطع به فبقي المدعى غير معلوم اللمية والاوجه في التعليل ما ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز حيث قال لان موجب فعله شيآن الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى وكذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لانه في السرقة يدعى المال والحد وايجاب الحد لا تجامعه الشبهة وايجاب المال يجامعه الشبهة فيثبت به انتهى تبصر تقف (فصار) أي صار حكم هذه المسئلة (كما اذا شهد عليها) أي على السرقة (رجل وامرأتان) فانه يثبت هناك المال دون القطع فكذا ههنا وصار كما اذا أقر بالسرقة ثم رجع فانه يسقط بالرجوع الحد وهو القطع و يثبت المال بالاقرار ولا يسقط بالرجوع (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجرى في دعوى الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال) وفائدة تعيين صورة المسئلة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم أن دعوى المهر لا تتفاوت بين أن تكون الدعوى في كل المهر أو نصفه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك انتهى وأجاب عنه بعضهم بانه لو أطلق لربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيد به ليعلم حكمه بطريق الاولوية فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده أولى كما لا يخفى قال المصنف (وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق) أي وكذا يستحلف الزوج بالاجماع فيما اذا ادعت المرأة مع النكاح الصداق (لان ذلك دعوى المال) أي المقصود من ذلك دعوى المال (ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح) يعني يثبت المال بنكوله في قولهم جميعا لان المال يجرى فيه الاقرار والبذل ولا يثبت النكاح في قول أبي حنيفة رحمه الله لان النكاح لا يجرى فيه البذل قال بعض الفضلاء فان قيل يلزم على هذا أن يتحقق الملزوم بدون اللازم قلنا يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لا مطلقا على أن المهر يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى أقول كل واحد من أصل جوابه وعلاوته مختل أما الاول فلانه لو جاز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لجاز البذل في النكاح في الجملة أي في بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط واما الثاني فلأن المهر وان لم يستلزم قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى ومعنى المسئلة التي نحن فيها أن النكاح لا يثبت بالنكول لا في الابتداء ولا في البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يندفع السؤال ثم أقول في الجواب عن سؤاله أن ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه وأما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لان معنى ثبوته عنده ظهوره له اذ قدمر أن الحجج الشرعية مثبتة في علم القاضي مظهرة في الواقع ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لجواز أن تقوم الحجة على الاول دون الثاني كما فيما نحن فيه فالذي يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده ولا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت وقس على هذا أحوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة به في الكتاب

الوكيل بالخصومة * فان قيل وجوب الحكم على القاضي بالنكول دليل على انه اقرار لا بذل لان البذل يبيح

(قوله وفيه نظر لان الاطلاق يغنى عن ذلك الخ) أقول فيه بحث فانه لو أطلق ربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول لغلبته بل ولكماله أيضا فقيد به ليعلم حكمه بطريق الاولى فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده أولى كما لا يخفى لكن بقي في قولنا بل ولكماله بحث فتأمل (قوله وكذا في النكاح الى قوله ولا يثبت النكاح) أقول فان قيل يلزم على هذا أن يتحقق اللازم بدون الملزوم قلنا يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر لا مطلقا على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق (قوله قلت البذل لا يجرى فيه كما تقدم) أقول فينبغي أن يثبت النكاح عندهما

وكذا

(وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث) بان ادعى رجل على رجل أنه أخو المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب فان حلف

بريء وان نكل يقضي بالمال والنفقة دون النسب (و) كذا اذا ادعى (الحجر في اللقيط) بأن كان صبيا لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت أخوته حرة تريد قصر يد الملتقط لحق حضانتها وأرادت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب وكذا اذا وهب لانسان عينا ثم أراد الرجوع فيها فقال الموهوب له أنت أخي تريد بذلك ابطال حق الرجوع استحلف الواهب فان نكل ثبت امتناع الرجوع ولا تثبت الاخوة قوله (لان المقصود هذه الحقوق) دليل للمجموع أي دون النسب المجرد فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز

وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق

فان ما ذكرناه مخاص في الجميع قال المصنف (وكذا في النسب) أي وكذا يستحلف في النسب بالاجماع (اذا ادعى حقا) أي اذا ادعى مع النسب حقا آخر (كالارث) بان ادعى رجل على رجل انه أخو المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه فانه يستحلف بالاجماع فان حلف بريء وان نكل يقضي بالمال دون النسب (والحجر في اللقيط) بان ادعت امرأة حرة الاصل صبيا لا يعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه أنه أخوها وانها أولى بحضانته فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي الى حجرها دون النسب (والنفقة) بأن ادعى زمن على موسر أنه أخوه وأن نفقته عليه فأنكر المدعى عليه الاخوة يستحلف بالاجماع فان نكل يقضي بالنفقة دون النسب (وامتناع الرجوع في الهبة) بان أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنت أخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب (لان المقصود هذه الحقوق) دليل للمجموع يعني أن المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هذه الحقوق أي دون النسب المجرد ثم ان صاحب العناية بعدما فسر قول المصنف لان المقصود هذه الحقوق بقوله أي دون النسب المجرد قال في تعليله فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز انتهى أقول فيه نظر لان تحميل النسب على الغير لا يلزم في المسائل المذكورة مطلقا بل انما يلزم فيما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها وأما فيما اذا كان مما يثبت بالاقرار كالابوة والبنوة فلا والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا ألا يرى أن المدعى في صورة النفقة اذا قال للمدعى عليه أنت أبي فان المسئلة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة وكذا المدعية في صورة الحجر في اللقيط اذا قالت ان الصبي ابنها فان المسئلة بحالها أيضا وكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة كلية المدعى وقال بعض الفضلاء الاظهر أن يقول صاحب العناية بدل التعليل الذي ذكره فان البذل لا يجرى فيه كما قال آنفا في صورة دعوى النكاح انتهى أقول وفيه أيضا نظر فان المعلل ههنا أن لا يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المجرد وعدم جريان البذل في النسب المجرد لا يفيده لان الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول بل منها أيضا اقامة البينة واقرار الخصم والبذل انما هو للنكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المجرد عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح أن يكون مقصودا بالدعوى في المسائل المذكورة بخلاف ما قاله في صورة دعوى النكاح فان المعلل هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول وعدم جريان البذل في النكاح يفيده قطعا لا يقال التعليل الصحيح هنا أن يقال فانه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى المدعي فيها مع النسب حقا آخر والمفروض في كل واحدة من تلك المسائل ادعاء المدعي معه حقا آخر كما ينادي عليه قول المصنف وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث الخ لانا نقول هذا انما يتم فيما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالبنوة ونحوها فان دعوى النسب المجرد تسمع في تلك الصورة فلو كان

الاخذ للمدعى ولكن لا يلزم القاضي ان يقضي به كالصلح على الانكار * قلنا ان كان البذل صريحا فهو بذل من العبد فلا يلزم القاضي وأما اذا كان نكولا فهو بذل بحكم الشرع لما أن المدعى يستحق ما ادعاه بنفس الدعوى لولا ينازعه المنكر بيده أو بذمته والمدعى عليه ابطله بالمنازعة والشرع أبطاله الى اليمين ثم لما منع المنكر اليمين عاد الامر الى الاصل بحكم الشرع فيلزم القاضي قطع منازعته والتمكين منه بالقضاء بالاصل لانه لا يمكنه استيفاؤه منه جبرا فانتقل بحكم الشرع الى الاصل (قوله وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث) اذا قال

(قوله فانه يستحلف على النسب) أقول فيه بحث بل يستحلف على الحاصل عند أبي حنيفة فيستحلف بالله ماله في ذلك المال الذي يدعيه حق نص عليه الاتقاني نقلا عن خواهر زاده جوابه أن كلام الشارح مبني على ما يجيء من أن السبب اذا كان لا يرتفع برافع يحلف على السبب بالاجماع (قوله فادعت اخوته حرة) أقول أو ادعى ذلك حر (قوله فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز) أقول الاظهر أن يقول بدله فان البذل لا يجرى فيه كما قاله آنفا في صورة دعوى النكاح فان ما ذكره من التعليل فيه قصور لان المدعى في صورة دعوى النفقة وامتناع الرجوع في الهبة اذا قال للمدعى عليه أنت أبي مثلا فان المسئلة بحالها وليس فيه تحميل النسب وأما مذهب الامامين في نفي الاستحلاف اذا ادعى المدعي الاخوة فيفهم بتعليله من قوله وانما يستحلف الخ فافهم

وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف) بالاجماع (ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لزمه الارش فيهما لان

مقصود المدعي فيها دعوى النسب المجرد لما ادعى معه حقا آخر وأما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها فلا لان دعوى النسب المجرد لا تسمع في هذه الصورة بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على أن يدعي المدعي مع النسب حقا آخر لنفسه كما صرح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز أن يكون مقصود المدعي في هذه الصورة النسب المجرد ويدعي مع النسب حقا آخر لمجرد التوسل به الى مقصوده وهو النسب المجرد والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا كما بيناه من قبل فكان هذا التعليل أيضا قاصرا عن افادة كلية المدعي وبالجملة لم يظهر لقول المصنف لان المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السر في أن صاحب الكافي لم يذكر قول المصنف هذا أصلا مع أن عادته اقتفاء أثر المصنف في أمثاله وأن أكثر الشراح لم يتعرضوا لشرحه وبيانه بالكلية (وانما يستحلف في المجرد) قيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر آنفا (وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (اذا كان يثبت باقراره) أي اذا كان يثبت النسب بمجرد اقرار المدعى عليه فان النكول عندهما اقرار فكل نسب لو أقر به المدعى عليه ثبت يثبت بالنكول أيضا (كالاب والابن في حق الرجل) فانه اذا أقر بالاب والابن يصح اقراره ويثبت نسب المقر له منه بمجرد اقراره (والاب في حق المرأة) فانها اذا أقرت بالاب يصح اقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد اقرارها وأما لو أقرت بالابن فلا يصح اقرارها ولا يثبت نسبه منها (لان في دعواها الابن) أي في ادعائها الابن أي في اقرارها به كذا في النهاية وغاية البيان تأمل (تحميل النسب على الغير) وهو لا يجوز (والمولى) أي وكالولي يعني السيد (والزوج في حقهما) أي في حق الرجل والمرأة وهذا القيد أعني قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعا فان اقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح وحاصل كلام المصنف ههنا ان اقرار الرجل يصح بأربعة بالاب والابن والمولى والزوجة واقرار المرأة يصح بثلاثة بالاب والمولى والزوج ولا يصح بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وكان أصل المسئلة في محلها أن اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى واقرار المرأة يصح بأربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد لما مر فكان المصنف اكتفى بذكر الاب عن ذكر الام لظهور اشتراكهما في الحكم المذكور وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه الاصل في هذا الباب أن المدعى قبله النسب اذا انكر هل يستحلف ان كان بحيث لو أقر به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا تفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلا أو اقرارا فيقضى عليه فاذا كان لا يقضى عليه لو أقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث لو أقر لزمه ما أقر به فاذا أنكر هل يستحلف على ذلك فالمسئلة على الاختلاف عند أبي حنيفة رحمه الله لا يستحلف وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف فان حلف برئ وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل تخرج مسائل الباب انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده) وليس للمدعي بينة (استحلف) المدعى عليه (بالاجماع) سواء كانت الدعوى في النفس بها أو فيما دونها وهذه المسئلة مذكورة في الجامع الصغير أيضا في كتاب القضاء (ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا) أي الحكم المذكور (عند أبي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما) أي في النفس وفيما دونها (لان

المدعي انه أخو المدعى عليه لابيه وان أباهما مات وترك مالا في يد المدعى عليه والحجر في اللقيط اذا قال المدعي هذا الصبي الذي التقطته أخي ولي ولاية الحجر عليه وأنكر ذو اليد والنفقة اذا قال المدعي وهو زمن انه أخو

النكول

ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة دون الابن لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير وأما المولى والزوج فان دعواهما تصح من الرجل والمرأة اذ ليس فيه تحميل على أحد فيستحلف وهذا بناء على أن النكول بدل من الاقرار فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده الخ) ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس أو فيما دونها ثم ان نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى يقر أو يحلف عند أبي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال

(قوله ولهذا) أقول أي لعدم الجواز (قال المصنف لان في دعواها) أقول في النهاية أي في اقرارها انتهى وفيه كلام (قوله فان دعواهما الخ) أقول فيه ركاكة ظاهرة وتندفع باعادة الضمير الى الولاية والزوجية في ضمن المولى والزوج كما في قوله تعالى اعدلوا هو أقرب للتقوى

اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له الخصومة كما اذا أقر بالخطا والولي يدعي العمد وفيما نحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطأ وأما اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا أقام مدعي القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة فانه لا يقضى بشئ لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطا فلا يجب شئ ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس ومادونها فان قيل من أين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة أجيب بان المال ثمة أصل ويتعدى الى القطع واذا قصر لم يتعد فبقي الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه وهو أن يكون مشروعا بطريق المنة المخصصين للقاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطا ولابي حنيفة أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البذل ألا ترى أنه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وليس ذلك الا من حيث اعمال البذل بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في أخرى فان قيل لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال (۱۷۹) لجاز قطع يده من غير اثم اذا قال اقطع يدي كما يباح له أخذ ماله اذا قال خذ مالي أجاب بقوله الا أنه لا يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للآكلة وقلع السن للوجع لم يأثم بفعله ومانحن فيه من البذل أي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه مناقض لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثاني أن الخصومة تندفع بالارش

النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا أقر بالخطا والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعها

النكول اقرار فيه شبهة عندهما) لانه ان امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة لا يكون اقرارا بل يكون بذلا كذا في الكافي (فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا) أي خاصة (اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه) أي من جهة من عليه القصاص وقيد امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه القصاص لانه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال أيضا كما اذا أقام مدعي القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بشئ لان الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شئ كذا في الشروح ونظير هذا ما أشار اليه المصنف بقوله (كما اذا أقر بالخطا والولي يدعي العمد) فانه يجب فيه المال وبالعكس لا يجب فيه شئ (ولابي حنيفة أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال) لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال (فيجري فيها البذل) كما يجري في الاموال (بخلاف الانفس) حيث لا يجري فيها البذل (فانه لو قال اقطع يدي) أي لو قال لآخر اقطع يدي (فقطعها

المدعى عليه فافرض لي عليه النفقة وأنكر المدعى عليه أن يكون هذا المدعي أخاه وامتناع الرجوع في الهبة بان أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنا أخوك فانه يستحلف المدعى عليه على ما يدعي من النسب بالاجماع ولكن ان نكل ثبت ما ادعى من المال أو الحق لا النسب (قوله خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه) الاصل امتناع القصاص اذا كان لمعنى من جهة من عليه القصاص يجب المال واذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له القصاص لا يجب على المدعى عليه شئ لا القصاص ولا المال كما اذا أقام مدع ادعى القصاص على ما ادعى رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة وكما اذا ادعى الولي الخطا والقاتل العمد واذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه يجب المال كما اذا أقر بالخطا والولي يدعي العمد (قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيه البذل) *فان قيل لما

(قوله اذا كان امتناع القصاص لمعنى) أقول أي امتنع القصاص لذلك المعنى (قوله وفيما نحن فيه كذلك) أقول أي الامتناع من جهة من عليه (قوله لانه لم يصرح بالاقرار) أقول بل أتى بما فيه شبهة البدلية أو شبهة

الانكار وهو النكول (قوله فاشبه الخطأ) أقول في كون الامتناع لمعنى من جهة من عليه (قوله فان قيل الى قوله حيث يثبت المال فيها) أقول أي في السرقة (قوله أجيب بان المال الخ) أقول مأخوذ من النهاية (قوله واذا قصر لم يتعد الخ) أقول أي اذا ثبت قصور في ثبوت المال بان كان بحجة فيها شبهة ثم أقول لا يذهب عليك ما في هذا التقرير من القصور (قوله وهو أن يكون مشروعا الخ) أقول لعل المراد أن يكون شبيها بقتل يكون المال مشروعا فيه بطريق المنة اه كما يلوح اليه قوله لعدم شبهها بالخطا (قوله لعدم شبهها بالخطا) أقول فانه ما جاء تعذر القصاص من قبل القاتل ثم اعلم أن الضمير في قوله شبهها راجع الى صورة في قوله ولم يوجد في صورة الشهادة (قوله فقطعها لا يجب الضمان) أقول ولكن يأثم فيه (قوله لجاز قطع يده من غير اثم) أقول الاولى أن يقال لجاز بذل يده من غير اثم وليس كذلك فيرتبط الجواب بالسؤال فان ضمير لا يباح عائد الى البذل على ما يقتضيه كلام المصنف وأيضا القطع بقطع الخصومة اذا لم يكن المدعي محقا ليس بمتاح وأما قوله كالقطع للآكلة فامره هين فانه من قبيل اسناد الفعل الى السبب الآمر وهو الباذل والتشبيه في مجرد الاباحة

وهو أهون فالمصير اليه أولى وأجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فى حقوق العباد لانهم المحتاجون اليها فتثبت بالشبهات
كالاموال والقطع فى السرقة خالص حق الله وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثانى بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل
وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه فظهر مما ذكرنا أن البذل فى الاطراف جائز فيثبت القطع به وفى الانفس ليس بجائز فيمتنع القصاص

واذا امتنع واليمين حق مستحق عليه يحبس به فيها كما فى القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا أو
يحلفوا قال (واذا قال المدعى لى بينة حاضرة الخ) واذا قال المدعى لى بينة حاضرة فى المصر فاما أن يكون المدعى عليه مقيما أو مسافرا فان كان مقيما قيل له أعطه كفيلا عن نفسك ثلاثة أيام فان فعل والا أمر بملازمته أما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم وأما جواز التكفيل فهو استحسان والقياس يأباه قبل اقامة

(قوله لانهم المحتاجون اليها) أقول يعنى الى الاطراف (قوله فيثبت بالشبهات الخ) أقول يعنى فيثبت القطع بالشبهات لكن بقى ههنا بحث اذ يلزم حينئذ أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين مثلا وليس فليس بل الاصوب أن يقال ان الاطراف لكونها بمنزلة الاموال يصح فيها البذل اذا كانت هى المدعى والمدعى فى السرقة هو المال لا القطع لكون القطع حق الله تعالى فلا يستحلف فيه حتى يبذل يده لاندفاع الخصومة فان مناط التخريج فى هذه المسائل على مذهب أبى حنيفة جريان البذل
لفائدة وعدمه لا ثبوت الشبهة وعدمها فليتأمل ويمكن أن يجاب عن أصل البحث وهو قولنا فيلزم أن يثبت بشهادة
رجل وامرأتين بان يقال ان القياس كان أن يقبل وعدم القبول لحديث الزهرى وقد مر فى أول الشهادة ثم أقول يمكن البحث فى بعض
مقدمات الجواب الاول وهو قولنا لا ثبوت الشبهة وعدمها (قوله والقطع فى السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات) أقول يعنى
أن فى كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فانه لو صرح بالبذل فى حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضا فالاولى طرح الشبهة من البين
والاكتفاء بعدم تأتى البذل فيه (قال المصنف واذا قال المدعى لى بينة حاضرة) أقول ليست المسئلة من باب اليمين فذكرها ههنا استطرادى
اعطه

لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا أنه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص فى النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما فى القسامة قال (واذا قال المدعى لى بينة حاضرة قيل لخصمه

لا يجب الضمان) أى على القاطع (وهذا) أى عدم وجوب الضمان (اعمال للبذل) فى الاطراف وأما لو قال اقتلنى فقتله فانه يجب عليه القصاص فى رواية والدية فى أخرى وهذا دليل على عدم جريان البذل فى الانفس ولما استشعر أن يقال لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لكان ينبغى أن يباح قطع يده اذا قال اقطع يدى كما يباح أخذ ماله اذا قال خذ مالى أجاب عنه بقوله (الا أنه لا يباح لعدم الفائدة) أى لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما أن اتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بان قال ألق مالى فى البحر أو أحرقه بالنار (وهذا البذل) أى الذى بالنكول (مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع) قال صاحب العناية وفيه بحث من وجهين أحدهما انه مناقض لما قال فى السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثانى أن الخصومة تندفع بالارش وهو أهون فالمصير اليه أولى وأجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فى حقوق العباد لانهم المحتاجون اليها فتثبت بالشبهات كالاموال والقطع فى السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثانى بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله فى جواب البحث الاول والقطع فى السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات بعد أن بين المراد حيث قال يعنى أن فى كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فانه لو صرح بالبذل فى حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضا فالاولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتى البذل فيه انتهى أقول مدار بحثه على أن يكون المراد ما بينه وذلك ممنوع اذ يجوز أن يكون المراد أن فى كون الاطراف مما يسلك بها مسلك الاموال شبهة لاحتمال كونها فى حكم الانفس كما ذهب اليه الشافعى رحمه الله وبنى عليه تجويزه القصاص بين الرجل والمرأة وبين الحر والعبد وبين العبدين فيما دون النفس على ما يأتى فى كتاب الجنايات فمع هذه الشبهة لا يتأتى البذل فى قطع الاطراف فى حقوق الله تعالى بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب ثم ان فى ذكر هذه الشبهة ايماء الى سبب عدم تأتى البذل فيه فى حقوق الله تعالى فكان ذكرها أولى من طرحها والاكتفاء بعدم تأتى البذل فيه كما لا يخفى (واذا امتنع القصاص فى النفس) أى بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر (واليمين حق مستحق) أى والحال أن اليمين حق مستحق (يحبس به) أى يحبس الناكل بذلك الحق (كما فى القسامة) فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا أو يحلفوا (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا قال المدعى لى بينة حاضرة قيل لخصمه

قطع الطرف وكان عند أبى حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال كان ينبغى أن يجرى الاستحلاف فى قطع السرقة أيضا ويثبت القطع عند النكول كما فى النكول فى قصاص الاطراف * قلنا القطع فى السرقة خالص حق الله تعالى جزاء فلا يثبت مع الشبهة أما القصاص فى الطرف فحق العبد الذى يسلك به مسلك الاموال فهو بل مقابلة الاموال فى ثبوته مع الشبهة (قوله واذا قال المدعى لى بينة حاضرة قيل

أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كى لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعى وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبى حنيفة رحمه الله وهو الصحيح ولا فرق فى الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لى بينة حاضرة للتكفيل ومعناه فى المصر حتى لو قال المدعى لا بينة لى أو شهودى غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال (فان فعل والا أمر بملازمته) كى لا يذهب حقه (الا أن يكون غريبا

أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام كى لا يغيب نفسه) أى كى لا يغيب خصمه نفسه (فيضيع حقه) أى حق المدعى ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى تحصل فائدة التكفيل وهى الاستيثاق كذا فى الكافى وغيره (والكفالة بالنفس جائزة عندنا) خلافا للشافعى (وقد مر من قبل) أى وقد مر جواز الكفالة بالنفس من قبل أى فى أول كتاب الكفالة (وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا) اعلم أن أخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف روى عن قتادة والشعبى أنه لا يجوز وروى عن ابراهيم النخعى أنه يجوز وهذا هو الاستحسان أخذ به علماؤنا والقياس أن لا يجوز وجه القياس أن مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالانكار فلا يجب عليه اعطاء الكفيل ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لان فيه) أى فى أخذ الكفيل (نظرا للمدعى) اذ لا يغيب حينئذ خصمه فيتمكن من اقامة البينة عليه (وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه) أى على المدعى عليه (بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه) من الاعداء على لفظ المجهول يقال استعدى فلان الامير على من ظلمه أى استعان به فاعداه الامير عليه أى أعانه الامير عليه ونصره ومنه قول الشاعر

ونستعدى الامير اذا ظلمنا * ومن يعدى اذا ظلم الامير

كذا فى النهاية وغيرها (ويحال بينه وبين أشغاله) من الحيلولة على لفظ المجهول أيضا (فصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى (والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبى حنيفة وهو الصحيح) احترازا عما روى عن أبى يوسف أنه يؤخذ الكفيل الى المجلس الثانى (ولا فرق فى الظاهر) أى فى ظاهر الرواية (بين الخامل والوجيه) يقال خمل الرجل خمولا اذا كان ساقط القدر (والحقير من المال والخطير) أى وبين الحقير من المال والخطير أى الشريف وعن محمد أنه اذا كان معروفا أو الظاهر من حاله أنه لا يخفى نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل (ثم لا بد من قوله لى بينة حاضرة للتكفيل ومعناه فى المصر) أى معنى قوله حاضرة حاضرة فى المصر (حتى لو قال المدعى لا بينة لى أو شهودى غيب) بفتحتين مخففة الياء أو بضم الغين مشددة الياء (لا يكفل) أى لا يكفل خصمه (لعدم الفائدة) لان الفائدة هى الحضور عند حضور الشهود وذلك فى الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤب (قال) أى القدورى فى مختصره (فان فعل) أى فان أعطى خصمه الكفيل فيها (والا) أى وان لم يعط (أمر بملازمته) أى أمر المدعى بملازمة خصمه (كى لا يذهب حقه) أى حق المدعى (الا أن يكون غريبا)

لخصمه اعطه كفيلا بنفسك) وله أن يطالب وكيلا حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه وان أعطاه وكيلا له ان يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل فاذا أعطاه كفيلا بنفس الوكيل له ان يطالبه بكفيل الاصيل اذا كان المدعى دينا لان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل فلو أخذ كفيلا بالمال له ان يطلب كفيلا بنفس الاصيل لان الاستيفاء من الاصيل قد يكون أيسر وان كان المدعى منقولا له ان يطالبه مع ذلك بكفيل بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعى عليه وصح أن يكون الواحد كفيلا بالنفس ووكيلا بالخصومة لان الواحد يقوم بهما (قوله وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه) لانه ان لم يكن من قصده الاختفاء لا يتضرر وان كان من قصده الاختفاء كان ظالما فلا ينظر له فيكفل احتياطا (قوله وهو الصحيح) وعن أبى يوسف رحمه الله

الجنون وجه ذلك أن الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل باحضاره نظرا للمدعى وضرر المدعى عليه يسير فيتحمل كالاعداء والحيلولة بينه وبين أشغاله وأما التقدير بثلاثة أيام فروى عن أبى حنيفة من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح وروى عن محمد أنه قال اذا كان معروفا والظاهر أنه لا يخفى شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يؤخذ وكذا اذا كان المدعى به حقيرا لا يخفى المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه وأما الامر بالملازمة فلئلا يضيع حقه فان قال المدعى لا بينة لى أو شهودى غيب لا يكفل لعدم الفائدة لان الفائدة هو

(قوله ووجه ذلك) أقول يعنى وجه الاستحسان (قوله هو الصحيح) أقول فيه بحث فان المحكوم عليه بالصحة فى الكتاب هو التقدير بثلاثة أيام احترازا عما روى عن أبى يوسف فالشرح لا يطابق المشروح وجوابه أظهر من أن يكتب

فيلازم مقدار مجلس القاضى) وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما الان فى أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر فى هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

(فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف قال واليمين بالله عز وجل دون غيره) لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فيحلف بالله أو ليذر

أى الا أن يكون المدعى عليه غريبا (على الطريق) أى مسافرا (فيلازم) أى فيلازم المدعى المدعى عليه (مقدار مجلس القاضى وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس) أى وكذا لا يكفل المدعى عليه اذا كان مسافرا الا الى آخر مجلس القاضى (فالاستثناء منصرف اليهما) أى الاستثناء المذكور فى مختصر القدورى بقوله الا أن يكون غريبا منصرف الى التكفيل والملازمة جميعا (لان فى أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك) أى على مقدار مجلس القاضى (اضرارا به) أى بالمدعى عليه (بمنعه عن السفر ولا ضرر فى هذا المقدار) أى فى مقدار مجلس القاضى (ظاهرا) أى من حيث الظاهر لان بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة فاذا جاء أوان قيام القاضى عن مجلسه ولم يحضر المدعى بينته فان القاضى يحلف المدعى عليه ويخلى سبيله ليذهب حيث شاء فان اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب أنا مسافر وقال الطالب انه لا يريد السفر تكلموا فيه باقوال قال بعضهم القول قول المدعى لانه متمسك بالاصل فان الاصل هو الاقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالاصل وقال بعضهم القاضى يساله مع من يريد السفر فان أخبره مع فلان فالقاضى يبعث الى الرفقة أمينا من أمنائه يسال ان فلانا هل استعد للخروج معكم فان من أراد السفر لا بد أن يكون مستعدا لذلك قال الله تعالى ولو أرادوا الخروج لاعدوا له عدة فان قالوا نعم قد استعد لذلك انضم قولهم الى قوله فيقبل ذلك منه فيمهله الى آخر المجلس فان أحضر المدعى بينته فى هذه المدة والا خلى سبيل المطلوب وان لم يعلموا من حاله فنحن نعلم انه يبقى ثلاثة أيام لاجل الاستعداد فقلنا بانه يجبر على اعطاء الكفيل ثلاثة أيام كذا فى غاية البيان قال المصنف (وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر ان شاء الله تعالى) والذى يذكره المصنف هنالك هو أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه فى موضع لانه حبس ولو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج لان الانسان لا بد أن يكون له موضع خلوة انتهى وقال فى الفتاوى الصغرى وتفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار ويبعث أمينا حتى يدور معه أينما دار لكن لا يجلسه فى موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعى يدور معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول على أهله بل يدخل المطلوب على أهله والطالب الملازم يجلس على باب داره ثم قال رأيت فى الزيادات فى الباب الخامس والاربعين أن المطلوب اذا أراد أن يدخل بيته فاما أن ياذن المدعى بالدخول معه أو يجلس معه على باب الدار لانه لو تركه حتى دخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى

(فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف) لما ذكر نفس اليمين أى فى أى موضع يحلف ذكر فى هذا الفصل صفتها لان كيفية الشئ وهى ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفته والصفة تقتضى سبق الموصوف (قال) أى القدورى فى مختصره (واليمين بالله دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر) أقول ههنا كلام وهو أنه قال فى كتاب الايمان اليمين بالله أو باسم آخر من أسماء الله كالرحمن

مقدر بمجلس القاضى ولا فرق فى الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير *وعن محمد رحمه الله انه ان كان معروفا والظاهر انه لا يخفى نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل (قوله فالاستثناء منصرف اليهما) أى أخذ الكفيل والملازمة والله أعلم *(فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف)*

الحضور عند حضور الشهود وذلك فى الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤب وان كان مسافرا فالكفالة والملازمة يقدران بمقدار مجلس القاضى اذ ليس فيه كبير ضرر وفى الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر وكيفية الملازمة ستذكر فى كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

(فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف) لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هى فيها ذكر صفتها لان كيفية الشئ وهو ما تقع به المشابهة واللامشابهة صفته واليمين بالله دون غيره لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وكلامه فيه ظاهر

(فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف) (قال المصنف واليمين بالله) أقول قوله واليمين مبتدأ وقوله بالله خبره

وقال

وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقد أشرك (وقد تؤكد بذكر أوصافه) وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه وله أن يزيد فى التغليظ على هذا وله أن ينقص منه الا أنه يحتاط فيه كى لا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة والقاضى بالخيار ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير قال (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق) لما روينا وقيل فى زماننا اذا ألح الخصم ساغ للقاضى أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق

والرحيم أو بصفة من صفاته التى يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه وهذا صريح فى أن اليمين كما تكون بالله تعالى تكون أيضا بصفاته التى يحلف بها فى المتعارف والحصر المستفاد من قوله ههنا واليمين بالله تعالى دون غيره يقتضى اختصاص اليمين بالله تعالى وأيضا قال هنالك وان قال ان فعلت هذا فهو يهودى أو نصرانى أو كافر يكون يمينا والحصر المستفاد ههنا ينافيه أيضا ويمكن أن يجاب عن الاول بانه قد اشتهر من مذهب أهل السنة أن صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها فعلى هذا لا ينافى قوله دون غيره صحة اليمين بصفاته المذكورة ولا ينافيها أيضا اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيده قوله دون غيره وعن الثانى بان اليمين فى الصورة المذكورة وان لم تكن بالله تعالى فى ظاهر الحال الا أنها كانت به فى المآل فتامل وفى المبسوط ان الحر والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم فى اليمين سواء لان المقصود هو القضاء بالنكول وهؤلاء فى اعتقاد الحرمة فى اليمين الكاذبة سواء كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وقد تؤكد) أى اليمين (بذكر أوصافه) أى بذكر أوصاف الله تعالى هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف (وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر) والخفاء (ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه وله) أى وللقاضى (أن يزيد فى التغليظ على هذا) أى على المذكور (وله أن ينقص منه) أى من المذكور لان المقصود من الاستحلاف النكول وأحوال الناس فيه مختلفة منهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله فقط ثم منهم من يمتنع بادنى تغليظ ومنهم من لا يمتنع الا بزيادة تغليظ فللقاضى أن يراعى أحوال الناس والاصل فيه حديث أبى هريرة رضى الله عنه فى الذى حلف بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذى لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذى أنزل عليك الكتاب ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم (الا أنه يحتاط كى لا يتكرر عليه اليمين) والمراد بالاحتياط أن يذكر بغير واو اذ لو ذكر والله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلاثة أيمان وتكرار اليمين غير مشروع كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط (لان المستحق عليه يمين واحدة والقاضى بالخيار ان شاء غلظ) فلا يزاد عليها (وان شاء) القاضى (لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله) لما مر أن المقصود من اليمين النكول وأحوال الناس فيه شئ فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج اليه فالرأى فيه الى القاضى (وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح) اذ الظاهر منه أن يمتنع بدون التغليظ (ويغلظ على غيره) لكون أمره على خلاف الاول (وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير) لمثل ما قلنا فى القيل الاول (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر (وقيل فى زماننا اذا ألح الخصم ساغ للقاضى أن يحلف بذلك) أى أو بالطلاق أو بالعتاق (لقلة المبالات باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق) أقول يرد عليه

(قوله الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين) والاحتياط ان يذكر بغير واو فلو ذكر والله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلاثة ايمان والمستحق يمين واحدة (قوله وقيل فى زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضى ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله) وفى الفصول ان القاضى اذا حلف المدعى عليه بالطلاق فنكل لا يقضى عليه

(قوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق) هو ظاهر الرواية وجوز ذلك بعضهم فى زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنهم قالوا ان نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه وابن صوريا بالقصر اسم أعجمى روى أنه عليه السلام رأى قوما مروا برجل وامرأة سخم وجههما فسأل عن حالهما فقالوا انهما زنيا فامر باحضار ابن صوريا وهو حبرهم

(قوله لا يقضى عليه بالنكول) أقول على ظاهر الرواية وهو الصحيح (قوله لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا) أقول فكيف سوغ للقاضى تكليف الاتيان بما هو منهى عنه شرعا ولعل ذلك البعض يقول النهى تنزيهى

قال (و يستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام) لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى ان حكم الزاني في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه

أن هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر فلا يصح على ما عرف في موضعه وفي فتاوى قاضيخان وان أراد المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي الى ذلك لان التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا والصحيح ظاهر الرواية انتهى وفي الذخيرة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه أكثر مشايخنا واجازه البعض فيفتي بانه يجوز ان مسته الضرورة واذا بالغ المستفتي في الفتوى يفتي بان الرأي الى القاضي انتهى وفي فصول الاستروشني ولو حلف القاضي بالطلاق فنكل لا يقضي عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي شرعا انتهى وفي الخلاصة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه أكثر مشايخنا فان مست الضرورة يفتي بان الرأي الى القاضي فلو حلف القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى أقول قد تلخص من هذه المذكورات كلها أن للقاضي أن يحلف بالطلاق والعتاق عند الحاح الخصم وأن يفتي بجواز ذلك ان مسته الضرورة ولكن ليس له أن يقضي بالنكول عنه وان قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب العناية ولكنهم قالوا ان نكل عن اليمين به لا يقضي عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى به لا ينفذ قضاؤه انتهى لكن فيه اشكال لان فائدة التحليف القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به ألا يرى الى ما مر في بيان دليل أبي حنيفة على عدم جواز الاستحلاف في الاشياء العديدة عنده من أن النكول بذل والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول علة لعدم جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة عنده فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (و يستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى لقوله) أي لقول نبينا (صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الاعور) وفي المغرب ابن صوريا بالقصر اسم أعجمي (أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزاني في كتابكم هذا) أي التحميم هذا الحديث أخرجه مسلم في الحدود مسندا الى البراء بن عازب رضي الله عنه قال مر النبي عليه السلام بيهودي محمم فدعاهم فقال هكذا تجدون حد الزاني في كتابكم قالوا نعم فدعا رجلا فقال نشدتك الله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم فقال اللهم لا فلولا أنك نشدتني بهذا لم أخبرك حد الزاني في كتابنا الرجم ولكنه كثر في أشرافنا فكنا اذا أخذنا الرجل الشريف تركناه واذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد فقلنا تعالوا فنجتمع على شئ نقيمه على الشريف والوضيع فاجتمعنا على التحميم والجلد وتركنا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم اني أول من أحيا أمرك اذ أماتوه فأمر به فرجم وقال شراحه وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا وقد صرح باسمه في سنن أبي داود عن سعيد عن قتادة عن عكرمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له يعني لابن صوريا الحديث وهذا مرسل (ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى) أي يعتقد نبوة عيسى عليه السلام (فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه) ليكون رادعا له عن الاقدام على اليمين

بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا وفي الخلاصة ولو حلفه القاضي بالطلاق فنكل فقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه * وذكر الامام قاضيخان رحمه الله في فتاواه وان أراد المدعي تحليفه بالطلاق أو العتاق ففي ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي الى ذلك لان التحليف بالطلاق أو العتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا والصحيح ظاهر الرواية (قوله لابن صوريا) ذكر في المغرب ابن صوريا بالقصر اسم أعجمي

فقال أنشدك بالله أي أحلفك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزاني كتابكم هذا وذلك دليل على جواز تحليف اليهودي بذلك

و يستحلف

(و) يستحلف (المجوسي بالله الذي خلق النار) وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل وروى عن أبي حنيفة رحمه الله في النوادر أنه لا يستحلف أحد الا بالله خالصا وذكر الخصاف رحمه الله أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة (والوثني لا يحلف الا بالله) لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله قال (ولا يحلفون في بيوت عبادتهم) لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان) لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت)

الكاذبة (و يحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد في الاصل) وذلك لان المجوسي يعتقد الحرمة في النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود (و يروى عن أبي حنيفة أنه لا يستحلف أحد الا بالله خالصا) تفاديا عن تشريك الغير معه في التعظيم وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم) لان النار كغيرها من المخلوقات فكما لا يستحلف المسلم بالله الذي خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وفي المبسوط وكأنه وقع عند محمد أنهم يعظمون النار تعظيم العبادة فالمقصود النكول قال تذكر النار في اليمين انتهى (بخلاف الكتابين) أي التوراة والانجيل (لان كتب الله معظمة) فجاز أن تذكر مع اسم الله تعالى (والوثني لا يحلف الا بالله) لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله) لا يقال لو كانوا يعتقدون انه تعالى لم يعبدوا الاوثان لانا نقول انما يعبدونها تقربا الى الله تعالى على زعمهم ألا يرى الى قوله تعالى حكاية عنهم ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى واذا ثبت أنهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون عن الاقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فتحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول (قال) أي القدوري في مختصره (ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان القاضي لا يحضرها) أي لا يحضر بيوت عبادتهم للحرج (بل هو ممنوع عن ذلك) لان فيه تعظيم ذلك المكان والحلف يقع بالله تعالى لا بالمكان ففي أي مكان حلفه جاز وفي الاجناس قال في المأخوذ للحسن وان سأل المدعي القاضي أن يبعث به الى بيعة أو كنيسة فيحلفه هنالك فلا بأس أن يفعله اذا اتهمه كذا في غاية البيان (قال) أي القدوري في مختصره (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك) أي بدون تعيين الزمان والمكان (وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها) أي حضور الازمان المعينة والاماكن المخصوصة (وهو مدفوع) أي الحرج مدفوع بالنص وقال الشافعي اذا كانت اليمين في قسامة أو في لعان أو في مال عظيم فانها تختص بمكان ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه الصلاة والسلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وشرح الاقطع (قال) أي القدوري في مختصره (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت) يعني يستحلف على الحاصل دون السبب واعلم أن هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل أو السبب والضابط في ذلك أن السبب اما ان كان مما يرتفع برافع أولا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب

(قوله بل هو ممنوع عن ذلك) لما في ذلك تعظيم تلك البيوت ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان

(ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجابه حرج على القاضي بحضوره وهو مدفوع) وقال الشافعي اذا كانت اليمين في قسامة أو لعان أو في مال عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما مر من الحرج على الحاكم قال (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد الخ) هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل أو السبب والضابط في ذلك أن السبب اما ان كان مما يرتفع برافع أولا

(قوله وفي ايجابه حرج على القاضي بحضوره) أقول الباء للسببية والضمير في قوله وفي ايجابه راجع الى تغليظ اليمين

لانه قد يباع العين ثم يقال فيه (ويستحلف فى الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ماغصبت) لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع (وفى النكاح بالله مابينكما نكاح قائم فى الحال) لانه قد يطرأ عليه الخلع (وفى دعوى الطلاق بالله ماهى بائن منك الساعة بماذكرت ولا يستحلف بالله ماطلقها) لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله

عند أبى يوسف رحمه الله الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب وسيظهر الكل من الكتاب قال المصنف فى تعليل المسئلة المذكورة (لانه قد يباع العين ثم يقال فيه) من الاقالة أى ثم تطرأ عليه الاقالة فلا يبقى البيع على حاله فلو استحلف المدعى عليه على السبب الذى هو البيع ههنا التضرر به فاستحلف على الحاصل دفعا للضرر عنه (و يستحلف فى الغصب بالله ما يستحق عليك رده) أى رد المدعى (ولا يحلف بالله ماغصبت) هذا أيضا من قول القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لانه قد يغصب) أى قد يغصب الشئ (ثم يفسخ) أى يفسخ الغصب (بالهبة والبيع) فلو حلف المدعى عليه على السبب الذى هو الغصب ههنا التضرر به فيحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفى النكاح بالله مابينكما نكاح قائم فى الحال) وهذا أيضا من قول القدورى وقال صاحب النهاية وأكثر الشراح هذا على قولهما لما أن الاستحلاف فى النكاح قولهما أقول الاولى أن يقال هذا على قول محمد لان الاستحلاف فى النكاح مطلقا وان كان يجرى على قولهما معا الا أن الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل انما يجرى على قول محمد فقط اذ الاستحلاف فيه على قول أبى يوسف انما هو على السبب كما ينادى عليه قول المصنف فيما سيأتى أما على قول أبى يوسف يحلف فى جميع ذلك على السبب نعم سيقول المصنف هناك أيضا الا اذا عرض بماذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل لكن الكلام ههنا فى الاستحلاف على الحاصل مطلقا أى سواء عرض أو لم يعرض يدل عليه قطعا بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أما على قول أبى يوسف الخ اذ لا خلاف فى صورة التعريض قال المصنف فى التعليل (لانه قد يطرأ عليه الخلع) أى يطرأ على النكاح الخلع فلو حلف على السبب الذى هو أصل النكاح ههنا لتضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفى دعوى الطلاق بالله ماهى بائن منك الساعة بماذكرت ولا يستحلف بالله ماطلقها) وهذا أيضا من قول القدورى فكأنه زاد ذكر دعوى فى هذه المسئلة التى هى أخرى المسائل المتناسبة المذكورة ههنا ايماء الى أنها معتبرة فى المسائل السابقة أيضا الا أنها تركت فيها اعتمادا على انفهامها بمعونة المقام قال المصنف فى تعليل هذه المسئلة (لان النكاح قد يجدد بعد الابانة) وفرع على جملة ماذكره فى تلك المسائل قوله (فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب لتضرر المدعى عليه) على مامر تقريره (وهذا قول أبى حنيفة ومحمد) أى التحليف على الحاصل فى الوجوه المذكورة قولهما قال بعض العلماء ههنا كلام وهو أنه لا يحلف فى النكاح عند أبى حنيفة فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى أقول هذا ظاهر ولكن الظاهر أيضا أن يحمل كلام المصنف هذا على التغليب أى تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتمادا على ظهور عدم جريان الاستحلاف فى النكاح مما مر ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال أى التحليف على الحاصل قول أبى

---

* وقال الشافعى رحمه الله ان كانت اليمين فى قسامة أو لعان أو فى مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا يختص بالمكان فبين الركن والمقام ان كان بمكة وعند منبر النبى عليه السلام فى المدينة والمسجد الجامع فى غيرهما والمسجد ان لم يكن ثمة جامع و بالزمان بعد العصر يوم الجمعة

فان كان الثانى فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبى حنيفة ومحمد وعلى السبب عند أبى يوسف الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل أن يقول عند قول القاضى احلف بالله مابعت أيها القاضى ان الانسان قد يبيع شيأ ثم يقال فيه فحينئذ يلزم القاضى الاستحلاف على الحاصل هذا هو الظاهر ونقل عن شمس الائمة الحلوانى ماعبر عنه بقوله وقيل ينظر فى انكار المدعى عليه فان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل فعلى الظاهر اذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد وهو بالنسبة الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والامة مطلقا فان الرق يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق وعليها بالردة واللحاق

(قوله فان كان الثانى فالتحليف على السبب بالاجماع) أقول أى على ظاهر الرواية (قوله أيها القاضى) أقول مقول يقول (قوله هذا هو الظاهر) أقول أى ظاهر الرواية (قوله يحلف على السبب لعدم تكرره) أقول وان أنكر الحكم (قوله والامة مطلقا) أقول أى كافرة أو مسلمة (قوله وعليها بالردة واللحاق) أقول اذا تكرر على المسلمة فعلى الكافرة أولى فلا يرد أن هذا التعليل لا يناسب قوله مطلقا (قال المصنف وهذا قول أبى حنيفة ومحمد اما الخ) أقول أى التحليف على الحاصل وليس معناه ان التحليف فى جميع الامور المذكورة قول أبى حنيفة حتى يعترض عليه بانه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف فى النكاح عنده فلو سلم فيجوز أن يكون بناء على قولهما كما فى المزارعة فليتأمل

أما على قول أبى يوسف رحمه الله يحلف فى جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بماذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه ترك النظر فى جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك أن تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة بالجوار والمشترى لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق فى يمينه فى معتقده فيفوت النظر فى حق المدعى وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع (كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر) لانه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه

حنيفة ومحمد وليس معناه أن التحليف على الحاصل فى جميع الامور المذكورة قول أبى حنيفة حتى يعترض عليه بانه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف عنده فى النكاح انتهى أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن قول المصنف أما على قول أبى يوسف يحلف فى جميع ذلك على السبب يأبى ماقاله هذا القائل اذ قد صرح المصنف ههنا بلفظ الجمع تعيينا لكون الخلاف بين أبى يوسف وصاحبيه فى جميع الوجوه المذكورة لا فى كيفية التحليف فى الجملة فتدبر (اما على قول أبى يوسف يحلف فى جميع ذلك) أى فى جميع ماذكر من الوجوه (على السبب الا اذا عرض بماذكرنا) أى الا اذا عرض المدعى عليه بماذكرناه من ارتفاع السبب وصفة التعريض أن يقول المدعى عليه للقاضى اذا عرض القاضى اليمين عليه بالله مابعت أيها القاضى ان الانسان قد يبيع شيأ ثم يقيل فيه وعلى هذا باقى أخوات البيع فتدبر (فحينئذ يحلف على الحاصل) أى فحينئذ يلزم القاضى الاستحلاف على حكم الشئ فى الحال وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمدعى عليه حين طالب به كذا فى النهاية نقلا عن شرح الاقطع (وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه) أى روى عنه أنه ينظر الى انكار المدعى عليه (ان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل) وفى فتاوى قاضيخان قال شمس الائمة هذا أحسن الاقاويل عندى وعليه أكثر القضاة وفى الكافى قال فخر الاسلام يفوض الى رأى القاضى (فالحاصل هو الاصل عندهما) أى التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما (اذا كان سببا) أى اذا كان سبب ذلك سببا (يرتفع برافع الا اذا كان فيه) أى فى التحليف على الحاصل (ترك النظر فى جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك) أى ما كان فى التحليف على السبب فيه ترك النظر فى جانب المدعى (مثل ان تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها) أى لا يرى نفقة العدة للمبتوتة (أو ادعى شفعة بالجوار والمشترى لا يراها) بان كان شافعيا (لانه لو حلف على الحاصل يصدق فى يمينه فى معتقده فيفوت النظر فى حق المدعى) فان قيل فى التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه أيضا لجواز أنه اشترى ولا شفعة له بان سلم أو سكت عن الطلب قلنا القاضى لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما فكان مراعاة جانب المدعى أولى لان السبب الموجب للحق وهو الشراء اذا ثبت يثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض كذا ذكره الصدر الشهيد فى أدب القاضى كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وان كان سببا) أى ان كان سبب ذلك سببا (لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه) وجحد المولى فانه يحلف على السبب بالله ما أعتقه لانه لا ضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز أن يعود رقيقا بعد الاعتاق كيف ولو تصور عود الرق فانما يتصور على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ولا يمكن ذلك بالنسبة الى العبد المسلم لانه يقتل بالارتداد (بخلاف الامة والعبد الكافر) حيث يحلف فيهما على الحاصل أى ماهى حرة أو ماهو حر فى الحال كذا فى الكافى (لانه يكرر الرق عليها) أى على الامة (بالردة واللحاق) بدار الحرب والسبى (وعليه)

(قوله الا اذا عرض بماذكرنا) أى عرض المدعى عليه والتعريض ان يقول للقاضى حين أراد أن يستحلفه على السبب وقال له قل والله مابعت أيها القاضى البيع قد يقال وكذا فى اخواته بان يقول الغصب قد يفسخ بالهبة

وان ادعت المبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة الجوار والمشترى لا يراها يحلف على السبب لانه لو حلف على الحاصل لصدق فى يمينه فى معتقده فيتضرر المدعى فان قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز أن يكون قد اشترى وسلم الشفعة أو سكت عن الطلب وليس بأولى بالضرر من المدعى أجيب بانه أولى بذلك لان القاضى لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما والمدعى يدعى ماهو أصل لان الشراء اذا ثبت يثبت

(قال المصنف فالتحليف على السبب بالاجماع) أقول فى باب اليمين من فتاوى قاضيخان ما يخالف هذا راجعه وتدبر فى دفعه (قوله واذا ادعت المبتوتة النفقة الخ)

الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق أو الغصب أو النكاح أو البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ماهي بائن منك الساعة وما يستحق عليك رده وما بينكما نكاح أو بيع قائم فى الحال لان السبب مما يتكرر فبالحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعند أبى يوسف يحلف على السبب قال (ومن ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه الخ) وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو البتات والضابط فى ذلك أن الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وان وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات ونوقض بالرد بالعيب فان المشترى اذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت ذلك فى يد نفسه وادعاه فى يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق ما سرق مع أنه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشترى ثم أقر أن الموكل قبض الثمن وأنكره الموكل يحلف الوكيل بالله ما قبض الموكل وهو فعل الغير وعن هذا ذهب بعضهم الى أن التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لا علم لى بذلك فاما اذا قال لى علم بذلك حلف على البتات وفى صور النقض يدعى العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها على الاول ان فى الرد بالعيب ضمن البائع تسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفى الباقين الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض (واذا ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة)

بنقض العهد واللحاق ولا يكرر على العبد المسلم قال (ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه) لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات (وان وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة

أى ويكرر الرق على العبد الكافر (بنقض العهد واللحاق) بدار الحرب والسبى أيضا (ولا يكرر على العبد المسلم) لما ذكرناه آنفا (قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (ومن ورث عبدا وادعاه آخر) ولا بينة له (استحلف) أى الوارث (على علمه) أى بالله ما يعلم أن هذا عبد المدعى (لانه لا علم له) أى للوارث (بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) اذ لو حلفناه عليه لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر به كذا فى الكافى (وان وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) يعنى ان وهب له عبد أو اشتراه وادعاه آخر ولا بينة له يحلف على البتات (لوجود المطلق) أى المجوز (لليمين) أى لليمين على البتات (اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة) فان قيل بهذا التعليل لا يقع الفرق بين الارث وغيره فان الارث أيضا سبب موضوع للملك شرعا كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم قلنا ان معنى قوله الشراء سبب لثبوت الملك وضعا أن ذلك سبب يثبت الملك باختيار المشترى ومباشرته ولو لم يعلم المشترى أن العين الذى اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء اختيارا وكذا الموهوب له فى قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يحلف الوارث بالعلم والمشترى والموهوب له بالبتات كذا فى الشروح ثم اعلم ان هذا نوع آخر أيضا من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو البتات والضابط فى ذلك أن التحليف ان كان على فعل نفسه يكون على البتات وان كان على فعل غيره يكون على العلم فان قيل أنى يستقيم هذا ولو ادعى

أو البيع والنكاح قد يطرأ عليه الخلع والنكاح قد يجدد بعد الابانة (قوله اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة) يريد به ان الشراء سبب يثبت باختيار المشترى ومباشرته ولو لم يعلم المشترى بان ذلك العين الذى اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء باختياره وكذا الموهوب له فى قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا من غير اختياره (قوله ولا علم له بما صنع المورث) وذكر فخر الاسلام رحمه الله فى الجامع الصغير

أقول وفى الخانية فى باب اليمين امرأة ادعت على زوجها انه طلقها بعد الدخول وعليه نفقة العدة فانكر الزوج النفقة يحلف بالله ما عليك تسليم النفقة اليها الا اذا عرضت المرأة فتقول انه من أصحاب الحديث يزعم انه لا نفقة للمبتوتة ولو حلف على الحاصل يحلف بناء على زعمه عليه فيحلفه القاضى على السبب بالله ما طلقتها بعد الدخول انتهى فاقول لا يخفى عليك من المخالفة بين هذا والمذكور فى الكتاب ويجوز أن يقال ما فى الخانية فيما اذا لم يعلم القاضى مذهب الزوج وما فى الهداية والشروح فيما اذا علمه كما يفهم من قوله والزوج ممن لا يراها (قوله يحلف على البتات الخ) أقول الظاهر أن يحلف على الحاصل بالله ما عليك حق الرد فان بالحلف على السبب يتضرر البائع اذ قد يبرأ المشترى عن العيب (قوله وفى صورة النقض يدعى العلم الخ) أقول غير مسلم فى الرد بالعيب (قال المصنف لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) أقول قال الزيلعى أخذا من النهاية ثم فى كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفى كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى فيه بحث أما أولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغى بل اللائق أن يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففى الحلف على البتات أولى والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه

عليه رجل اباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الاباق فانه يحلف على البتات مع ان الاباق فعل غيره قلنا المدعى يدعى عليه تسليم غير السليم عن العيب وهو ينكره وانه فعل نفسه كذا فى الكافى قال الامام الاستروشنى فى الفصل الثالث من فصوله وأما كيفية التحليف فنقول ان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت هذا العين منى أو غصبت هذا العين منى يستحلف على البتات وان وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم حتى لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك أو ادعى ان أباك سرق هذا العين منى أو غصب هذا العين منى يحلف على العلم وهذا مذهبنا قال شمس الائمة الحلوانى هذا الاصل مستقيم فى المسائل كلها ان التحليف على فعل الغير يكون على العلم الا فى الرد بالعيب يرتد به ان المشترى اذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت اباقه أو سرقته فى يد نفسه وادعى أنه أبق أو سرق فى يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق بالله ما سرق فى يدك وهذا تحليف على فعل الغير وهذا لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيوب والتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات وكان فخر الاسلام البزدوى يزيد على هذا الاصل حرفا وهو أن التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم الا اذا كان شيأ يتصل به فحينئذ يحلف على البتات خرج على هذا فصل الرد بالعيب لان ذلك مما يتصل به لان تسليم العبد سليما واجب على البائع فان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بان قال اشتريت منى استأجرت منى استقرضت منى فان هذه الافعال فعله وفعل غيره فانها تقوم باثنين ففى هذه الصور يحلف على البتات وقد قيل ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال الذى استحلف لا علم لى بذلك فاما اذا قال لى علم بذلك يحلف على البتات ألا ترى أن المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة منى فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشترى ثم أقر البائع أن الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه فاذا حلف برئ المشترى ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل وهذا تحليف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعى أن له علما بذلك فانه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف على البتات الى هنا لفظ الفصول كذا فى غاية البيان وذكر الامام اللامشى أن فى كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجبت على العلم وحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم ولو نكل يقضى عليه لان الحلف على البتات أقوى كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفصول وقال بعض الفضلاء قال الزيلعى أخذا من النهاية ثم فى كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفى كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى وفيه بحث أما أولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغى بل اللائق أن يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففى الحلف على البتات أولى والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار وأما ثانيا فلان قوله ويقضى عليه اذا نكل محل تامل فانها اذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل الى هنا كلام ذلك القائل وأقول بحثه الثانى متوجه فى الظاهر ولكنه ليس بمستقل بايراده بل قد سبقه اليه بعض العلماء حيث ذكر ما فى النهاية وقال وفيه كلام وهو أن الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى وقد سبقهما اليه الامام عماد الدين حيث قال فى فصوله ورأيت فيما كتبته من نسخة المحيط فى فصل المتفرقات من أدب القاضى منه فى كل موضع وجب اليمين على البتات فحلفه القاضى على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجب على العلم فحلفه على البتات سقط عنه الحلف لان البتات أقوى ولو نكل عنه

المشترى والموهوب له مالك بسبب شرعى وضع له وهذا يفيده علما بانه ملكه لا ملك غيره فصح تحليفه بالبتات فان

فان قيل الارث كذلك أجيب بان معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختيارى يباشره بنفسه فيعلم ما صنع

بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار فليتأمل وأما ثانيا فلان قوله ويقضى عليه اذا نكل الخ محل تامل فانها اذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل

قال (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة فهو جائز) وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه

يقضي عليه قلت وهذا الفرع مشكل انتهى ولا يخفى أن مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضي عليه وان وجه اشكاله توجه ماذكراه وأما بحثه الاول وجوابه فنظور فيهما أما البحث فلان اللازم من النكول عن الحلف على العلم أن يفهم نكوله عن الحلف على البتات لو حلف عليه لا أن يتحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل والذي من أسباب القضاء هو الثاني دون الاول كما لا يخفى وأما الجواب فلانه لو علم بيقين كون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فالحكم أيضا ماذكر ولا يجري الجواز المذكور هنالك على أنه لا وجه لقوله فلا يحلف حذرا عن التكرار اذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير في كتاب القضاء (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه) أي افتدى الآخر عن يمينه (أو صالحه منها) أي صالح الآخر المدعي من اليمين (على عشرة دراهم مثلا فهو) أي الافتداء أو الصلح (جائز) فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعى وقد يكون بمال هو أقل من المدعى وأما الصلح من اليمين فانما يكون على مال أقل من المدعى في الغالب لان الصلح ينبئ عن الحطيطة وكلاهما مشروع كذا في النهاية ومعراج الدراية (وهو) أي الافتداء عن اليمين (مأثور عن عثمان رضي الله عنه) قال صاحب العناية ولفظ الكتاب يشير الى أنه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فاعطى شيأ وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل ألا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر أن المقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضي الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد ليحلف يا أمير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد احلف أنها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان رضي الله عنه فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله عنهما انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول انتهى وقال بعض الفضلاء فيه نظر فان المقداد رضي الله عنه اذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله عنه انها كانت سبعة آلاف ثم ان قصة المقداد ليست مما نحن بصدده اذ ليس فيها الا النكول لا الافتداء والصلح انتهى وأقول نظره ساقط بشقيه أما شقه الاول فلان معنى قول عثمان رضي الله عنه انها كانت سبعة آلاف انها كانت في الاصل سبعة آلاف كما يرشد اليه لفظ كانت لا أن الباقي في ذمته الآن سبعة آلاف ولا يخفى أن قضاء أربعة آلاف انما ينافي الاول دون الثاني فان قلت يشكل حينئذ قوله والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان رضي الله عنه اذ النزاع حينئذ يكون في الايفاء والقبض دون مقدار أصل القرض كما ذكرته قلت المراد به انه كان يدعي ايفاء تمام الدين وهو أربعة آلاف درهم على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول بل أوفيت البعض منه وهو أربعة آلاف وبقي البعض منه في ذمتك وهو ثلاثة آلاف فحينئذ يكون النزاع في الايفاء فرع النزاع في أصل مقدار القرض فتسلم القصة عن تعارض طرفيها كما توهمه الناظر ويخرج الجواب عما قاله الشافعي وأما شقه الثاني فلانه لم يدع أحد أن القصة مما نحن بصدده بل من حوا بان عثمان رضي الله عنه كان مدعيا في هذه القصة فصلح أن يتخذه الشافعي دليلا على مذهبه وهو جواز رد اليمين على المدعي وان أمكن الجواب عنه من قبلنا وانما كان مدعى عليه ومفتديا عن يمينه بمال في رواية مذكورة في الفوائد الظهيرية والمقصود التنبيه على أن قول المصنف وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه انما يتم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها وقد أشار اليه صاحب العناية حيث قال أولا ولفظ الكتاب يشير الى أنه كان مدعى عليه فذكر ماذكر في الفوائد الظهيرية

(قال ومن ادعى على آخر مالا الخ) ومن افتدى عن يمينه أو صالح منها على شئ مثل المال المدعى به أو أقل جاز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه ولفظ الكتاب يشير الى أنه كان مدعى عليه وذكر في الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فاعطى شيا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل ألا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر أن المقداد بن الاسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد ليحلف يا أمير المؤمنين أن الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد احلف أنها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك

(قوله قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف) أقول فيه نظر فانه اذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله تعالى عنه انها كانت سبعة آلاف ثم ان القصة ليست مما نحن فيه اذ ليس فيها الا النكول لا الافتداء والصلح

أي فقد امتنع عما هو مطلق له فصار باذلا فاما الوارث فلا علم له بما صنع المورث فطولب بعلم ان كان له واذا لم يفعل

(وليس)

أن تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي والجواب أنه كان يدعي الايفاء على عثمان وبه نقول ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الفداء والصلح ليس له أن يستحلف بعد ذلك لانه أسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر وكان له أن يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال * (باب التحالف) * راعى الترتيب الطبيعي فأخر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع (اذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى المشتري أنه اشتراه بمائة وادعى البائع أنه باعه بمائة وخمسين أو اعترف البائع بان المبيع كر من حنطة وقال المشتري هو كران فمن أقام البينة قضى له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها لانها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه وان أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لان البينات للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة فثبتها كان أكثر اثباتا ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فقال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا وأقاما بينة فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشتري بمائة دينار وقيل هذا قول أبي حنيفة آخرا وكان يقول أولا وهو قول زفر يقضي بهما للمشتري

(وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبدا) لانه أسقط حقه والله أعلم

(باب التحالف)

قال (واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه فاقام أحدهما البينة قضى له بها) لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى

ثم نقل هذه القصة فقال فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي واعلم أن صاحب النهاية قد أوضح المرام بتفصيل الكلام في هذا المقام فقال قد اختلفت روايات الكتاب في أن عثمان رضي الله عنه كان مدعى عليه في ذلك أو مدعيا ففي الفتاوى الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فاعطى شيا وافتدى عنه ولم يحلف فقيل ألا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر في الباب الاول من دعوى المبسوط في احتجاج الشافعي في مسئلة رد اليمين على المدعي أن عثمان رضي الله عنه كان مدعيا فقال وحجته في رد اليمين على المدعي ما روي أن عثمان ادعى مالا على المقداد بين يدي عمر رضي الله عنهم الى أن قال ليحلف لي عثمان وذكر الامام المحبوبي تمام القصة فقال روي أن المقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضي الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد ليحلف يا أمير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد لتحلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله ثم قال في المبسوط وتاويل حديث المقداد انه ادعى الايفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول الى هنا كلام صاحب النهاية (وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين) أي ليس للمدعي أن يستحلف المدعى عليه على تلك اليمين التي افتدى عنها أو صالح عنها على مال (أبدا) أي في وقت من الاوقات (لانه أسقط حقه) أي لان المدعي أسقط حقه في يمين المدعى عليه بالافتداء أو الصلح بخلاف ما لو اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر وكان له أن يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في الشروح وسائر المعتبرات

(باب التحالف)

لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا فراعاه في الوضع ليناسب الوضع الطبع (قال) أي القدوري في مختصره (واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما) أي المشتري (ثمنا) بان قال مثلا اشتريته بمائة (وادعى البائع أكثر منه) بان قال بعته بمائة وخمسين (أو اعترف البائع بقدر من المبيع) بان قال مثلا المبيع كر من الحنطة (وادعى المشتري أكثر منه) بان قال هو كران من الحنطة والحاصل اذا وقع الاختلاف بينهما في قدر الثمن كما في الصورة الاولى أو قدر المبيع كما في الصورة الثانية (فاقام أحدهما البينة قضى له بها) أي بالبينة (لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى

مع الامكان صار باذلا * وذكر الامام اللامشي رحمه الله ان في كل موضع وجبت اليمين على البتات فالحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجبت على العلم فحلف على البتات يسقط عنه الحلف على العلم ولو نكل عنه يقضي عليه لان الحلف على البتات أقوى والله أعلم بالصواب

(باب التحالف)

(باب التحالف) (قال المصنف لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى) أقول ولو ظاهرا فلا يخالف ما سيجيء بعد أسطر لان المشتري لا يدعي شيا الخ اذ المراد لا يدعي ادعاء معتبرا به يندفع ما عسى يقال كيف تقبل بينة المشتري بعد القبض وهو ليس بمدع والبينة على المدعي فانه اذا أريد أنه ليس بمدع حقيقة فمسلم ولا يفيد لانه تسمع بينة المدعي صورة كما اذا ادعى المودع رد الوديعة وان أريد انه ليس بمدع أصلا ولو صورة فغير مسلم كما لا يخفى

والبينة أقوى منها (وان أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى) لان البينات للاثبات ولا تعارض فى الزيادة (ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى فى الثمن وبينة المشترى أولى فى المبيع) نظرا الى زيادة الاثبات (وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى اما أن ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما أن تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع) لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان به

والبينة أقوى منها) لان البينة توجب منها الحكم على القاضى ومجرد الدعوى لا يوجبه عليه (وان أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لان البينات للاثبات) أى وضعت فى الشرع للاثبات فكل ما كان أكثر اثباتا كان أولى (ولا تعارض فى الزيادة) لان البينة المثبتة للاقل لا تتعرض للزيادة فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض كذا فى غاية البيان قال تاج الشريعة فان قلت البينة التى تثبت الاقل تنفى الزيادة لانها تثبت أن كل الثمن هذا القدر قلت المثبتة للزيادة تثبتها قصدا وتلك لا تنفيها قصدا فكانت الاولى أولى لما قامت بينهما معارضة انتهى أقول جوابه هذا وان كان صحيحا فى نفسه الا انه غير مطابق لظاهر تقرير المصنف فان المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين فى الزيادة والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما فى الزيادة مع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتامل (ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا) بان قال البائع مثلا بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى بعتنيها وهذا العبد معها بخمسين دينارا وأقاما بينة (فبينة البائع أولى فى الثمن وبينة المشترى أولى فى المبيع نظرا الى زيادة الاثبات) فالجارية والعبد جميعا للمشترى بمائة دينار فى المثال المذكور وقيل هذا قول أبى حنيفة آخرا وكان يقول أولا وهو قول زفر يقضى للمشترى بمائة وخمسة وعشرين دينارا ونظير هذه المسئلة فى الاجارات كذا فى الشروح ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا أى فى قدرهما على ما ذكرنا فى صورة المسئلة وأما اذا اختلفا فى جنس الثمن وأقاما البينة فالبينة بينة من الاتفاق على قوله كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشترى اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة يلزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون حق المشترى لان حق المشترى فى الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف فى حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول ولانه يثبت ببينته الحق لنفسه فى العبد والمشترى ينفى ذلك والبينات للاثبات لا للنفى كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط أقول فى التعليل الثانى بحث أما أولا فبالمعارضة فان المشترى يثبت ببينته الحق للبائع فى مائة دينار والبائع ينفى ذلك والبينات للاثبات لا للنفى فينبغى أن تقبل بينة المشترى دون البائع وأما ثانيا فبالنقض فانه لو سلم هذا التعليل لافاد عدم قبول بينة المشترى عند انفراده باقامة البينة أيضا اذ حينئذ ينفى المشترى أيضا ببينته حق البائع فيما ادعاه والبينات للاثبات لا للنفى مع أن المسئلة على انه اذا أقام أحدهما البينة قضى له بها قطعا وأما ثالثا فبالمنع فانا لا نسلم أن المشترى ينفى ببينته ما يثبته البائع بل هو يثبت بها ما يدعيه لنفسه وهو كون حق البائع فى مائة دينار ويسكت عما يثبته البائع وهو كون حقه فى العبد فان حصل مما يثبته المشترى نفى ما يثبته البائع فانما هو بالتبع والتضمن لا بالاصالة والقصد وذلك لا ينافى كون وضع البينات للاثبات دون النفى (وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى) أى يقول الحاكم للمشترى (اما أن ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع) أى يقول للبائع (اما أن تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود) أى المقصود من شرع الاسباب (قطع المنازعة) ودفع الخصومة (وهذا جهة فيه) أى القول المذكور للبائع وللمشترى جهة فى قطع المنازعة (لانه ربما لا يرضيان) أى المتبايعان (بالفسخ فاذا علما به) أى بالفسخ (يتراضيان به) أى بمدعى كل واحد منهما أقول لقائل أن يقول كما أن ما ذكر جهة فى قطع المنازعة كذلك عكس ذلك جهة فيه بان يقال للبائع اما أن ترضى بالثمن الذى ادعاه المشترى والا فسخنا البيع وأن يقال للمشترى اما أن تقبل ما اعترف به البائع من المبيع والا فسخنا البيع وبالجملة ان قطع المنازعة كما يمكن بأن يكلف مدعى الاقل بالرضا بالاكثر يمكن أيضا بعكسه وهو أن يكلف مدعى

(فان

بمائة وخمسة وعشرين دينارا وان كان الاختلاف فى جنس الثمن كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشترى اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فهى له من الاتفاق على قوله وهو البائع لان حق المشترى فى الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف فى حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول وان لم يكن بينة يقول الحاكم للمشترى اما أن ترضى بالثمن الذى يدعيه البائع والا فسخنا البيع ويقول للبائع اما أن تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما

(قال المصنف ولا تعارض فى الزيادة) أقول فيه شئ جوابه لا يخفى (قال المصنف وان لم يكن لكل واحد منهما) أقول الاظهر حذف كلمة كل كما لا يخفى (قال المصنف وهذه جهة) أقول أنث اسم الاشارة باعتبار الخبر أو على تاويل القول بالمقالة

(فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشترى لا يدعى شيأ لان المبيع سالم له فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكرها فيكتفى بحلفه

الاكثر بالرضا بالاقل فما الرجحان فى اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتأمل (فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) قال صاحب النهاية فى شرح قول المصنف فان لم يتراضيا أى بان يعطى كل واحد ما يدعى صاحبه انتهى أقول فيه قصور لان هذا لا يتصور الا فى الصورة الثالثة من الصور الثلاث المذكورة وهى ما اذا اختلفا فى الثمن والمبيع جميعا دون الصورتين الاخريين اذ قدمر فى الكتاب أن صورة الاختلاف فى الثمن أن يدعى أحدهما ثمنا ويدعى الآخر أكثر منه وأن صورة الاختلاف فى المبيع أن يدعى أحدهما قدرا من المبيع ويدعى الآخر أكثر منه فلو أعطى كل واحد ما يدعى صاحبه فى هاتين الصورتين لزم اعطاء الثمنين معا أو اعطاء المبيعين معا وهذا خلف ولا يخفى أن ما ذكره المصنف ههنا حكم عام للصور الثلاث جميعا فلا يناسبه التفسير المزبور وقال صاحب غاية البيان فى شرح هذا المقام أى ان لم يتراض البائع والمشترى يعنى لم يرض البائع بما ادعاه المشترى من المبيع ولم يرض المشترى بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضى كل واحد من البائع والمشترى على دعوى صاحبه انتهى أقول وفيه أيضا قصور لان هذا أيضا لا يجرى الا فى الصورة الثالثة من تلك الصور الثلاث كما لا يخفى على ذى مسكة ولا يناسب ما ذكره المصنف ههنا من الحكم العام للصور الثلاث كلها وأما سائر الشراح فلم يتعرضوا ههنا للشرح والبيان فالحق عندى فى شرح المقام أن يقال أى ان لم يتراض البائع والمشترى على الزيادة سواء كانت مما يدعيه أحدهما كما فى الصورة الاولى والصورة الثانية أو مما يدعيه كل واحد منهما كما فى الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر فحينئذ يجرى معنى الكلام وفحوى المقام فى كل صورة كما ترى (وهذا التحالف قبل القبض) أى قبل قبض المشترى السلعة كذا فى العناية ومعراج الدراية (على وفاق القياس لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره) أى ينكر ما ادعاه البائع (والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف) لان اليمين على المنكر بالحديث المشهور (فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشترى لا يدعى شيأ لان المبيع سالم له فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكرها فيكتفى بحلفه) أى كان القياس أن يكتفى بحلفه فان قلت اذا لم يدع المشترى شيأ فيما بعد القبض ينبغى أن لا تقبل بينته فى هذه الصورة اذا أقامها لان البينة للمدعى مع أنه قال فيما قبل فان أقام أحدهما البينة قضى له بها قلت المراد أن المشترى لا يدعى شيأ دعاء معنويا فيما بعد القبض وهذا لا ينافى أن يكون المشترى مدعيا ادعاء صوريا فى هذه الصورة اذا أقامها لان البينة للمدعى صورة تسمع على ما صرحوا به كما اذا ادعى المودع رد الوديعة على ما مر لا يقال ان كان المشترى مدعيا صورة فيما بعد القبض يكون البائع منكرا لما ادعاه صورة فيصير التحالف ههنا أيضا موافقا للقياس لانا نقول لم يقل أحد بتحليف المنكر الصورى بل انما اليمين ابتداء على المنكر الحقيقى بخلاف المدعى الصورى فان البينة تسمع منه على ما ذكروا ولك أن تقول فى الجواب عن أصل السؤال أن المشترى لا يدعى شيأ فيما بعد القبض وقبول بينته فيه لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعيا وهذا أى قبول البينة من غير المدعى لدفع اليمين كثير فى مسائل الفقه يعرفه من يتتبع الكتب وهذا الوجه من الجواب هو الاوفق لما رأيناه حقا فى شرح مراد المصنف من كلامه المذكور فى صدر كتاب الدعوى فتذكر أقول بقى ههنا شئ وهو أنه ان أراد المصنف بكلمة هذا فى قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس الاشارة الى ما فى صورة الاختلاف فى الثمن فقط من الصور الثلاث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذى ذكره بقوله لان البائع يدعى زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلوا الكلام عن الركاكة لفظا ومعنى أما الاول فلان تلك الصورة أبعد الصور المذكورة فالاشارة الى ما فيها بلفظ القريب بعيد

لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل منهما منكر واليمين على من أنكر بالحديث المشهور فيحلفان أما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشترى لا يدعى شيأ لان المبيع سالم له فى يده فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكره فكان القياس الاكتفاء بحلفه

(قال المصنف لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره) أقول ذكر الضمير الراجع الى الزيادة لاكتسابه التذكير من المضاف اليه أو لوجوه أخرى

قال (فان حلفا فسخ القاضى البيع بينهما) وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة أو يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ فى البيع الفاسد قال (وان نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته

المنقول عن النهاية ومعراج الدراية ودل عليه كلام المصنف حيث قال على ذلك وضعت بتقديم على ذلك على وضعت دون تأخيره عنه على ماهو حقه افادة لقصر وضعها على النفى المشار اليه بذلك لم يجز ادراج الاثبات فى اليمين ولو بطريق التأكيد والا يلزم الظلم للمنكر بالزام الزائد على ما يجب عليه شرعا اذ لا شك أن الذى يجب عليه شرعا أو يكون حقا للمدعى انما هو الاتيان بما وضعت له اليمين دون ما هو خارج عنه زائد عليه وهو الاثبات فلا بد من الاقتصار على النفى كما ذكره بعض الفضلاء بصدد الجواب عن النظر المزبور بكلمات طويلة الذيل جاهها بل كلها مدخول ومجروح تركنا ذكرها وردها مخافة التطويل بلا طائل (قال) أى القدورى فى مختصره (فان حلفا فسخ القاضى البيع بينهما) أى ان طلبا أو طلب أحدهما كذا فى الكافى والشروح قال المصنف (وهذا) أى الذى ذكره القدورى (يدل على أنه) أى البيع (لا ينفسخ بنفس التحالف) وقال فى غاية البيان وبه صرح فى كتاب الاستحلاف لابى حازم القاضى حيث قال اذا تحالفا فسخ الحاكم البيع بينهما ولم ينفسخ بالتحالف انتهى وقال فى الكافى وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول انتهى (لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول) أى يبقى بيعا بثمن مجهول كذا فى الكافى والكفاية أقول هذا لا يتم فى صورة كون الاختلاف فى المبيع دون الثمن فالاولى أن يكون مراد المصنف أعم من ذلك أى يبقى بيع مجهول اما بجهالة المبيع فيما اذا اختلفا فى المبيع واما بجهالة الثمن فيما اذا اختلفا فى الثمن واما بجهالة المبيع والثمن معا فيما اذا اختلفا فيهما (فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة) بينهما (أو يقال اذا لم يثبت البدل) للتعارض بين قوليهما (يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ فى فاسد البيع) أى البيع الفاسد وهما لم يفسخاه فلا بد أن يقوم القاضى مقامهما وفى المبسوط حل للمشترى وطء الجارية اذا كانت المبيعة فلو فسخ البيع بالتحالف لما حل للمشترى وطؤها كذا فى الشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (وان نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه) أى الناكل (جعل باذلا) لصحة البذل فى الاعواض (فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته) أى بثبوت ما ادعاه الآخر لعدم المعارضة أقول فى تقرير المصنف شئ وهو أنه ساق الدليل على أصل أبى حنيفة فقط حيث قال وجعل باذلا والنكول عندهما اقرار لا بذل كما مر فلا يتمشى ما ذكره على أصلهما مع أن مسئلتنا هذه اتفاقية بين أئمتنا فكان الاحسن أن يقول لانه صار مقرا بما يدعيه الآخر أو باذلا كما قاله صاحب الكافى والامام الزيلعى ثم اعلم أن الامام الزيلعى زاد فى شرح هذا المقام من الكنز قيدا آخر حيث قال فلزمه اذا اتصل به القضاء وقال وهو المراد بقول المصنف لزمه دعوى الآخر لانه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيأ أما على اعتبار البذل فظاهر وأما على اعتبار أنه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده

فان حلفا فسخ القاضى البيع بينهما اذا طلباه أو طلب أحدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف بل لا بد من الفسخ لانه لما لم يثبت مدعى كل منهما بقى بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة أو يقال اذا لم يثبت البدل بقى بيعا بلا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ فما لم يفسخ كان قائما قال فى المبسوط حل للمشترى وطء الجارية اذا كانت المبيعة وان نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا لصحة البذل فى الاعواض واذا كان باذلا لم تبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض

استحقاق المشهود له لجميع التركة

فلعله اشتراه بالف وتسعمائة فيبطل حق البائع فى الزيادة وكذا البائع لو حلف بالله ما باعه بالف ربما يحلف لجوازانه باعه بالف ودرهم ويكون صادقا فى يمينه انه لم يبع بالف درهم فيبطل حق المدعى والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان وضعت للنفى دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا ولا عبرة بذلك الوهم لان البائع لو كان باعه بالف وتسعمائة لا يدعى البيع بالفين لانه يعلم ان المشترى متى حلف على دعواه لا يبالى بالحلف لانه لا يحنث فى يمينه وكذا المشترى لو كان اشتراه بالف ودرهم لا يدعى الشراء بالف لانه يعلم ان البائع لا يبالى بالحلف على ألف لانه لا يحنث فى يمينه (قوله فان حلفا فسخ القاضى البيع بينهما) أى ان طلباه أو طلب أحدهم او قيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول لانه ما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما

قال

قال (واذا اختلفا فى الاجل الخ) (واذا اختلفا فى الاجل فى أصله أو فى قدره أو فى شرط الخيار أو فى استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع وقال زفر والشافعى يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة الأجل والاختلاف فى وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا لان هذا الاختلاف فى غير المعقود عليه والمعقود به والاختلاف فى غيرهما لا يوجب التحالف وهذا لان التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ذلك كشرط الخيار فى أن العقد بعدمهما لا يختل فلم يكن فى معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار كالاختلاف فى الحط والابراء عن الثمن بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن بالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف فى قدره فى جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل فانه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا عارضين بواسطة الشرط والقول لمن ينكر العوارض والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قيام العقد

قال (وان اختلفا فى الاجل أو فى شرط الخيار أو فى استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما) لان هذا اختلاف فى غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف فى الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد

انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (وان اختلفا فى الاجل) أى فى أصله أو قدره كذا فى الشروح (أو فى شرط الخيار) أى فى أصله أو قدره أيضا كذا فى معراج الدراية وغاية البيان (أو فى استيفاء بعض الثمن) وكذا الحكم فيما اذا اختلفا فى استيفاء كل الثمن لكن لم يذكره المصنف لان ذلك مفروغ عنه باعتبار أنه صار بمنزلة سائر الدعاوى كذا فى النهاية ومعراج الدراية (فلا تحالف بينهما) عندنا وبه قال أحمد وقال زفر والشافعى ومالك يتحالفان ولو اختلفا فى أصل البيع لم يتحالفا بالاجماع كذا فى معراج الدراية ثم ان القول فى مسائل الكتاب لمنكر الاجل ولمنكر شرط الخيار ولمنكر الاستيفاء وفى مسئلة الاختلاف فى أصل المبيع لمنكر العقد ذكر كلها ههنا فى الكافى وسيجىء بعضها فى الكتاب قال صاحب العناية واذا اختلفا فى الاجل فى أصله أو فى قدره أو فى شرط الخيار أو فى استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع انتهى وقال بعض الفضلاء هذا ليس بسديد لانه قد يكون القول قول المشترى اذا كان منكرا كما اذا كان مدعى الخيار هو البائع انتهى أقول هذا ظاهر ولكن الغالب أن صاحب العناية سلك ههنا مسلك التغليب اعتمادا على ظهور هذه الصورة قال المصنف فى تعليل المسائل المذكورة (لان هذا) أى الاختلاف فى الاجل أو شرط الخيار أو استيفاء بعض الثمن (اختلاف فى غير المعقود عليه) وهو المبيع (والمعقود به) وهو الثمن والاختلاف فى غيرهما لا يوجب التحالف لان التحالف عرف بالنص والنص انما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد اذ قد علق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع انما يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن وكانه قيل اذا اختلف المتبايعان فى المبيع أو فى الثمن تحالفا فالاختلاف فيما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن فى معنى المنصوص عليه فلم يلحق به هذا زبدة ما فى الشروح والكافى ههنا (فاشبه الاختلاف فى الحط) أى فى الحط من الثمن (والابراء) أى الابراء عن الثمن ولا تحالف فى الاختلاف فيهما بل القول قول من أنكر مع يمينه فكذا فى الاختلاف فى الامور المذكورة (وهذا) أى كون الاختلاف فى الامور المذكورة اختلافا فى غير المعقود عليه والمعقود به ويجوز أن يشار به الى الاقرب أى شبه الاختلاف فى الامور المذكورة للاختلاف فى الحط والابراء (لان بانعدامه) أى بانعدام ما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن (لا يختل ما به قوام العقد) لان العقد بلا شرط وأجل جائز فاذا اختلفا فى الشرط أو فى الاجل وحالفا بقى العقد بلا شرط وأجل وانه لا يوجب الفساد وأما اذا اختلفا فى الثمن أو المثمن وحالفا لم يثبت ما ادعاه أحدهما فيبقى الثمن أو المثمن مجهولا وذلك يوجب الفساد ووجه آخر وهو أن الاختلاف فى الثمن أو المثمن يوجب الاختلاف فى العقد ألا يرى أنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما بالبيع بالف درهم والآخر بالدنانير لا يقبل واذا اختلفا فى العقد كان كل منهما مدعيا ومنكرا أما الاختلاف فى الشرط والاجل فلا يوجب الاختلاف فى العقد ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه باعه بالف الى شهر وشهد الآخر أنه باعه بالف يقضى

فيبقى بيعا بثمن مجهول فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة (قوله لان هذا اختلاف فى غير المعقود عليه والمعقود به) والشرع علق وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف

(قوله واذا اختلفا فى الاجل فى أصله أو فى قدره) أقول الضمير فى أصله وفى قدره راجع الى الاجل (قوله والقول قول البائع) أقول ليس بسديد لانه قد يكون القول قول المشترى اذا كان منكرا كما اذا كان مدعى الخيار هو البائع (قوله فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل الخ) أقول فيصير الاجل كالرداءة حيث يزيد عدد الثمن بها فلا يرد أن الاجل على ما ذكره يكون كالقدر (قوله فيما يتم به العقد) أقول يدل عليه عنوان المتبايعين (قوله والوصف لا يفارق الموصوف) أقول مبنى على الفرق بين الوصف والعارض (قوله والحكم باستيفاء) أقول الظاهر فى استيفاء (قوله بعض الثمن كذلك لان بانعدامه الخ) أقول الضمير فى قوله بانعدامه راجع الى بعض الثمن

لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا (ويبتدئ بيمين المشترى) وهذا قول محمد وأبى يوسف آخرا وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشترى أشدهما انكارا لانه يطالب أولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن

وأما الثانى فلان الاصل المذكور أعنى كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة بل هو جار أيضا فى صورة الاختلاف فى المبيع فان المشترى يدعى فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره والبائع يدعى وجوب تسليم الثمن بما اعترف من المبيع والمشترى ينكره فكل منهما منكر فيحلف وأما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعى على البائع شيأ لان الثمن سالم له بقى دعوى المشترى فى زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفى بحلفه ولقد أفصح الامام الزيلعى عن عدم اختصاصه بتلك الصورة حيث قال فى التبيين وهذا اذا كان قبل قبض أحد البدلين فظاهر وهو قياس وان كان بعده فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعى شيأ على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الآخر انتهى فاذا لم يكن الاصل المذكور مخصوصا بتلك الصورة لم يظهر لتخصيص الاشارة الى ما فيها وجه وان أراد بها الاشارة الى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الركاكة لفظا ومعنى أيضا أما الاول فلان لفظ هذا يصير حينئذ زائدا لا موقع له فى الظاهر وأما الثانى فلان الدليل الذى ذكره بقوله لان البائع يدعى زيادة الثمن الخ يصير حينئذ أخص من المدعى ثم اعلم أن صاحب الكافى وكثيرا من الثقات تركوا كلمة هذا فى بيان الاصل المذكور ولكنهم ذكروا أيضا فى دليل مخالفة القياس بعد القبض ما يختص بصورة الاختلاف فى الثمن فقط ويمكن توجيه الكل بعناية فتأمل (ولكنا عرفناه بالنص) استدراك من قوله فيكتفى بحلفه يعنى كان القياس فى صورة الاختلاف بعد القبض أن يكتفى بحلف المشترى لكنا عرفنا التحالف بالنص (وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور أو يتعارضان ولا ترجيح انتهى أقول فى الجواب عنه قد تقرر فى كتب الاصول أن عبارة النص ترجح على اشارة النص فحينئذ يكون هذا الحديث راجحا على الحديث المشهور لان هذا الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعى أيضا فيما نحن فيه وأما الحديث المشهور فلا يدل بعبارته على عدم استحلاف المدعى مطلقا بل انما يدل عليه باشارته حيث يفهم من تقسيم الحجتين للخصمين أو من جعل جنس الايمان على المنكرين كما بين فيما مر فهو اذن مرجوع (قال) أى القدورى فى مختصره (ويبتدئ) أى القاضى (بيمين المشترى) قال المصنف (وهذا قول محمد وأبى يوسف آخرا ورواية عن أبى حنيفة وهو الصحيح) احترازا عن القول الاول لابى يوسف كما سيجىء (لان المشترى أشدهما انكارا لانه يطالب أولا بالثمن) فهو البادئ بالانكار قال صاحب العناية وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله أراد بالشدة التقدم وهو أنسب بالمقام لانه لما تقدم فى الانكار تقدم فى الذى يترتب عليه انتهى أقول فيه نظر لان الظاهر أن مدار ما ذكره المصنف على كون البادى أظلم لكونه منشأ للثانى أيضا فيكون أشد كما يكون أقدم ويجوز أيضا أن يكون مداره على أن المشترى لما كان مطالبا أولا بالثمن كان منكرا للشيئين أصل الوجوب ووجوب الاداء فى الحال فكان أشد انكارا وعند هذين المحملين الصحيحين لاجراء الكلام على الحقيقة كيف يجوز حمل الاشد على الاقدم تجوزا مع عدم ظهور العلاقة بينهما (ولانه يتعجل فائدة النكول) أى بالابتداء بيمين المشترى (وهو) أى فائدة النكول الزام الثمن ذكر الضمير الراجع الى الفائدة اما باعتبار الخبر وهو (الزام الثمن) أو بتأويل الفائدة بالنفع (ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن) لان تسليم المبيع يؤخر الى زمان استيفاء الثمن لانه

(قوله ولو بدأ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن) لانه يقال له امسك المبيع الى

لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ولقائل أن يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور أو يتعارضان ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشترى وهو قول محمد وأبى يوسف آخرا ورواية عن أبى حنيفة وهو الصحيح دون ما قال أبو يوسف انه يبدأ بيمين البائع لان المشترى أشدهما انكارا لكونه أول من يطالب بالثمن فهو البادى بالانكار وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله أراد بالشدة التقدم وهو الانسب بالمقام لانه لما تقدم فى الانكار تقدم فى الذى يترتب عليه أولا لان فائدة النكول تتعجل بالبداءة به وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تأخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمن استيفاء الثمن

(قوله هذا الحديث مخالف للمشهور الخ) أقول قال فى النهاية والحديث صحيح مشهور (قوله لعموم المشهور) أقول فيطلب المخلص ويجمع بينهما ما أمكن على ما بين فى الاصول وذلك بحمل المشهور على ما عدا اختلاف المتبايعين (قوله أو يتعارضان ولا ترجيح) أقول فهو معمول به قطعا فيما عدا محل النزاع وهذا الحديث ليس كذلك

وكان

وكان أبو يوسف يقول أولا يبدأ بيمين البائع وذكر فى المنتقى وأبو الحسن فى جامعه أنه رواية عن أبى حنيفة وهو قول زفر لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع ووجه الاستدلال أنه عليه السلام خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم يعنى أنه عليه السلام جعل القول قوله وذلك يقتضى الاكتفاء بيمينه لكن لا يكتفى بها فلا أقل من البداءة بها وان كان

العقد مقايضة أو صرفا يبدأ القاضى بأيهما شاء لاستوائهما قال (وصفة اليمين الخ) ذكر فى الاصل صفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين وقال فى الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفى تأكيدا والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان وضعت للنفى كالبينات للاثبات دل على ذلك حديث القسامة بالله تعالى ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وفيه نظر لان ذلك لا ينافى التأكيد

وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم (وان كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن بدأ القاضى بيمين أيهما شاء) لاستوائهما (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين) وقال فى الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفى تأكيدا والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا

يقال له أمسك المبيع الى أن تستوفى الثمن فكان تقديم ما تتعجل فائدته أولى كذا فى الكافى (وكان أبو يوسف يقول أولا يبدأ بيمين البائع) وذكر فى المنتقى وفى جامع أبى الحسن أنه رواية عن أبى حنيفة وهو قول زفر كذا فى العناية وغيرها (لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع) وجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام (خصه بالذكر) أى خص البائع بالذكر حيث قال فالقول ما قاله البائع (وأقل فائدته) أى فائدة التخصيص (التقديم) يعنى أنه عليه الصلاة والسلام جعل القول قول البائع وهذا بظاهره يقتضى الاكتفاء بيمينه فاذا كان لا يكتفى بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه وفى غاية البيان قال فى شرح الاقطع جوابا عن هذا الحديث انما خص البائع بالذكر لان يمين المشترى معلومة لا تشكل لقوله عليه السلام واليمين على من أنكر فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه انتهى أقول فيه نظر لان قوله عليه السلام واليمين على من أنكر كما أنه دليل فى حق المشترى دليل أيضا فى حق البائع فانه قد مر أن كل واحد منهما ينكر فى كل واحدة من الصور الثلاث المذكورة فيما اذا اختلفا قبل القبض وفيما اذا اختلفا بعد القبض ففى صورة الاختلاف فى الثمن بعد قبض المبيع المنكر هو المشترى وفى صورة الاختلاف فى المبيع بعد قبض الثمن المنكر هو البائع فاستوى كل واحد من البائع والمشترى فى الاندراج تحت قوله عليه السلام واليمين على من أنكر فى أكثر الصور وعدم الاندراج تحته فى بعض الصور فلا فرق بينهما فى اشكال اليمين وعدم اشكالها وتقدم البيان وعدم تقدمه فلم يتم الجواب المذكور ثم ان هذا الذى ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشترى على القول الصحيح أو بيمين البائع على القول الآخر اذا كان البيع بيع عين بثمن (وان كان بيع عين بعين) وهو المسمى بالمقايضة (أو ثمن بثمن) أى بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف (بدأ القاضى بيمين أيهما شاء) من البائع والمشترى (لاستوائهما) أى فى الانكار وفى فائدة النكول (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين) كذا ذكره فى الاصل (وقال فى الزيادات يحلف) أى البائع (بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفى تأكيدا) قال المصنف (والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان على ذلك وضعت) أى على النفى وضعت لا على الاثبات كذا فى النهاية ومعراج الدراية (دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا) وقال صاحب العناية وفيه نظر لان ذلك لا ينافى التأكيد انتهى أقول بل ينافيه لان وضع الايمان لما كان مقصورا على النفى كما يرشد اليه تفسيرنا للاشارة اليه فليتأمل فانه يجوز أن يقال قوله ذلك اشارة الى قوله لان الايمان وضعت للنفى الخ فان الوضع للنفى لا ينافى التأكيد بالاثبات كما أن الوضع للاثبات لا ينافى التأكيد بالنفى فانه يقول الشاهد أشهد أن فلانا مات وهذا وارثه ولا نعلم له وارثا غيره كذا فى شرح الاتقانى وفيه نظر فان تعرضه لحديث القسامة وعدم الاكتفاء بالقياس على البينات يدفع هذا الكلام مع أن قولهم لا نعلم له وارثا غيره فى معنى الاثبات حيث يثبته

أن تستوفى الثمن فكان تقديم ما يتعجل فائدته أولى (قوله وأقل فائدته التقديم) أى ان النبى عليه السلام جعل القول قول البائع وهذا يقتضى الاكتفاء بيمينه فان كان لا يكتفى بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه (قوله يضم الاثبات الى النفى تأكيدا) بيانه انه لو حلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ربما يحلف ويكون بارا فى يمينه

(قال المصنف وكان أبو يوسف الى قوله تقديمه) أقول وقد مر قبيل فصل التوكيل بشراء نفس العبد ما يمكن أن يكون جوابا عن التمسك بهذا الحديث (قوله وفيه نظر لان ذلك لا ينافى التأكيد) أقول والجواب أن أحوج الاشياء الى التوكيد أمر النفى لعظم موقعه وعلو قدره فاذا اقتصر فى التحليف به على النفى دل على ما ذكره دلالة واضحة ولو سلم فقول المصنف والاصح دون والصحيح

لبقاء ما يحصل ثمنا ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكره لكونه مفروغا عنه باعتبار أنه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى واذا
اختلفا في مضي الاجل فالقول للمشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه قال (فان هلك المبيع ثم اختلفا الخ) فان

بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك
يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف ألا ترى أن
الثمن موجود بعد مضيه (والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه) لانهما يثبتان بعارض الشرط
والقول لمنكر العوارض قال (فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
والقول قول المشتري وقال محمد رحمه الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك) وهو قول الشافعي
رحمه الله وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما أن كل واحد منهما
يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره

بالعقد بالف حالة وكذا لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام وشهد الآخر أنه باعه ولم يذكر الخيار
جازت الشهادة كذا في النهاية نقلا عن جامع الامام قاضيخان (بخلاف الاختلاف في وصف الثمن) كالجودة
والرداءة (أو جنسه) كالدراهم والدنانير (حيث يكون) الاختلاف فيهما (بمنزلة الاختلاف في القدر) أي
في قدر الثمن (في جريان التحالف لان ذلك) (أي الاختلاف في وصف الثمن (يرجع الى نفس الثمن) أي الى
الاختلاف في نفس الثمن (فان الثمن دين وهو) أي الدين (يعرف بالوصف) فلما اختلفا في الوصف وهو
معرف صار اختلافهما في المعرف وهو الثمن (ولا كذلك الاجل) أي ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف في
قدر الثمن (لانه) أي الاجل (ليس بوصف) بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط ونور هذا بقوله (ألا
ترى أن الثمن موجود بعد مضيه) أي بعد مضي الاجل ولو كان وصفا لتبعه كذا في الكافي قال في معراج
الدراية كذا قيل وفيه نوع تأمل انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (والقول قول من ينكر الخيار
والاجل مع يمينه لانهما) أي الخيار والاجل (يثبتان بعارض الشرط) أي بشرط عارض على أصل العقد
(والقول لمنكر العوارض) والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد لبقاء
ما يحصل ثمنا كذا في العناية (قال) أي القدوري في مختصره (فان هلك المبيع ثم اختلفا) أي فان هلك
المبيع بعد قبض المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى
المبسوط (لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول قول المشتري) أي مع يمينه (وقال محمد يتحالفان
ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي وعلى هذا) أي على هذا الخلاف (اذا خرج المبيع عن
ملكه) أي ملك المشتري (أو صار) أي المبيع (بحال لا يقدر) أي المشتري (على رده بالعيب) بحدوث عيب
في يده (لهما) أي لمحمد والشافعي رحمهما الله (ان كل واحد منهما) أي من البائع والمشتري (يدعي غير العقد
الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره) فان البيع بالف غير البيع بالفين ألا يرى أن شاهدي البيع اذا

باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع يثبت بالبيع والثمن لا بالاجل فكأنه قال اذا اختلف المتبايعان في
المبيع أو الثمن * وقال زفر والشافعي رحمهما الله يتحالفان اذا اختلفا في الاجل لان هذا في معنى الاختلاف في
مقدار مالية الثمن فان المؤجل أنقص من الحال فكان ذلك اختلافا في وصف الثمن * قلنا الاجل ليس بوصف
للثمن ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه يعني الثمن موجود بعد مضي الاجل كما استحقه البائع من غير تفاوت
ولو كان الاجل وصفا للثمن لتغير حق البائع بفوات وصفه * تحقيقه أن الثمن حق البائع والاجل حق المشتري
ولو كان الاجل وصفا للثمن لكان تابعا للاصل في الاستحقاق (قوله أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب) وبان
زاد زيادة متصلة أو منفصلة

هلك المبيع في يد المشتري
أو خرج عن ملكه أو صار
بحال لا يقدر على رده بالعيب
ثم اختلفا لم يتحالفا عند
أبي حنيفة وأبي يوسف
والقول قول المشتري
وقال محمد والشافعي
يتحالفان ويفسخ البيع
على قيمة الهالك لان الدلائل
الدالة على التحالف لا تفصل
بين كون السلعة قائمة أو
هالكة أما الدليل النقلي
فهو قوله صلى الله عليه وسلم
اذا اختلف المتبايعان
تحالفا وترادا ولا يعارضه
ما في الحديث الآخر من قوله
والسلعة قائمة لانه مذكور
على سبيل التنبيه
أي تحالفا وان كانت
السلعة قائمة فان عند ذلك
تمييز الصادق من الكاذب
فتحكيم قيمة السلعة في
الحال متأت ولا كذلك
بعد الهلاك فاذا جرى
التحالف مع امكان التمييز
فمع عدمه أولى وأما العقلي
فما ذكره في الكتاب أن
كل واحد منهما يدعي عقدا
غير الذي يدعيه صاحبه
والآخر ينكره فيتحالفان
كما في حال قيام السلعة فان
قيل هذا قياس فاسد لانه
حال قيامها يفيد الترادّ ولا
فائدة له بعد الهلاك أجاب

قوله لبقاء ما يحصل ثمنا الخ) أقول فيه شيء يجوز دفعه بارجاع ضمير انعدامه
الى الاستيفاء (قوله ثم اختلفا لم يتحالفا) أقول يعني ثم اختلفا في قدر الثمن

اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة (وانه يفيد دفع زيادة الثمن) اعلم أن حل هذه المقدمة وربطها
بالمقام من مشكلات هذا الكتاب ولهذا كان للشراح ههنا طرائق قددا ولم يأت أحد منهم بما يشفي العليل
فقال صاحب النهاية أي وان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول
المشتري عن الحلف فان فائدة اليمين النكول وهذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ما فائدة التحليف على
قول محمد بعد الهلاك مع عدم حكمه فان حكم التحالف التراد وامتنع التراد بالهلاك فلا فائدة في التحالف فاجاب
عنه وقال بل فيه فائدة وهي دفع المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري فلذلك يتحالفان
فان قيل هذا يحصل بتحليف المشتري حينئذ فما فائدة تحليف البائع قلنا لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري
فان المشتري اذا نكل يجب الثمن الذي ادعاه البائع والبائع اذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع عليه
من الزيادة فيتحالفان الى هنا كلامه وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال أقول فيه
بحث أما أولا فلانه لما فسر الدفع الواقع في كلام المصنف بالاعطاء على البائع أن يكون من دفع اليه لا من دفع
عنه حيث قال أي وان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري
عن الحلف وجعل مراد المصنف ان فائدة التحالف عند محمد هي اعطاء المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على
تقدير نكول المشتري اتجه عليه السؤال الذي ذكره بقوله فان قيل بالضرورة ولم يدفعه ما ذكره جوابا عنه
أصلا لانه ان أراد أنه لا تحصل تمام الفائدة التي جعل عليه مراد المصنف ههنا بتحليف المشتري فليس بصحيح اذ
لا شك أنه اذا حلف المشتري وحده ونكل عن الحلف يجب عليه اعطاء زيادة الثمن التي يدعيها البائع
وان أراد أنه لا يحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحليف المشتري فلا يفيد شيئا في دفع السؤال لان مورده ما
جعل عليه مراد المصنف ههنا وأما ثانيا فلانه ان أراد بقوله في الجواب والبائع اذا نكل الخ أنه اذا نكل
بعد نكول المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح اذ قد تقرر فيما مر أنه اذا
نكل أحد المتعاقدين عن اليمين لزمه دعوى الآخر فبعد نكول المشتري يلزمه دعوى البائع فلا يجوز
تحليفه فكيف يتصور نكوله وان أراد به أنه اذا نكل بعد حلف المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه
البائع من الزيادة يتجه عليه أن في هذه الصورة يندفع عن المشتري ذلك بحلفه السابق فلا تأثير فيه لنكول
البائع وأيضا يتجه على مجموع الجواب أن الامر الثاني وهو اندفاع الزيادة عن المشتري يحصل بتحليف المشتري
ان حلف كما ان الامر الاول وهو وجوب اعطاء الزيادة على المشتري يحصل بتحليفه ان نكل فتمام الفائدة
الذي ذكره وهو أحد الامرين لا بعينه يحصل بتحليف المشتري وحده فلم تظهر فائدة تحليف البائع قط وقال
صاحب الكفاية وتاج الشريعة يعني ان التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع
فكان التحالف مفيدا انتهى أقول فيه أيضا بحث لانهما حملا الدفع الواقع في كلام المصنف على معنى المنع
حيث جعلاه من دفع عنه كما ترى واعتبرا ظهور الفائدة عند نكول البائع فيتجه على ما ذهبا اليه أن نكول
البائع انما يتصور بعد حلف المشتري لا بعد نكوله لما بيناه آنفا وعند حلف المشتري قد حصلت هذه الفائدة
أعني دفع زيادة الثمن عن المشتري فما الفائدة في تحليف البائع ونكوله بعد ذلك وقال صاحب العناية وانه
يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه
بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا انتهى أقول وفيه أيضا بحث لانه جعل الدفع
الواقع في كلام المصنف من دفع عنه كما ترى فالظاهر أن قوله بالنكول متعلق بقوله يدفع عن المشتري وأن
مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشتري لان الذي يقتضي دفع زيادة الثمن عن المشتري انما هو
نكول البائع وأما نكول المشتري فيقتضي دفعه زيادة الثمن بمعنى اعطائه اياها فاذا أول قوله يعني أن

(قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن) يعني دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف

بقوله (فانه) يعني التحالف
(يفيد دفع زيادة الثمن)
يعني أن التحالف يدفع عن
المشتري زيادة الثمن التي
يدعيها البائع عليه بالنكول
واذا حلف البائع اندفعت
الزيادة المدعاة فكان مفيدا

(قوله يفيد دفع زيادة الثمن
الخ) أقول فان قيل دافع
زيادة الثمن المدعاة حلف
المشتري ليس الا قلنا اذا
حلف البائع بعد حلف
المشتري يفسخ على القيمة
وينسدفع الزيادة المدعاة
(قوله بالنكول) أقول أي
بنكول المشتري وقوله
بالنكول متعلق بزيادة
في قوله يدفع عن المشتري
زيادة الثمن (قوله اذا حلف
البائع) أقول يعني بعد
حلف المشتري

كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى أحدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير تحالفا ولزم المشترى رد القيمة ولابى حنيفة وأبى يوسف أن الدليل النقلى والعقلى يفصل بينهما فالحاق أحدهما بالآخر جمع بين أمرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع أما الاول فلان قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر يوجب اليمين على المشترى خاصة لانه المنكر

فيتحالفان كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة

التحالف يدفع عن المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه بالنكول الى ماذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة كما مر فيرد عليه ما يرد على ذلك ويزداد اشكال قوله واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة لان مدلوله أن يكون اندفاع الزيادة المدعاة بحلف البائع ومدلول قوله السابق أن يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم أن يتحد حلف البائع ونكوله حكما وهذا ظاهر الفساد فان قلت يجوز أن يكون معنى قوله اللاحق واذا حلف البائع بعد حلف المشترى اندفعت الزيادة المدعاة بان يفسخ البيع على قيمة الهالك ومعنى قوله السابق اذا نكل البائع تندفع الزيادة المدعاة عن المشترى بان يقضى بما ادعاه المشترى وهو أقل الثمنين لا بان يفسخ البيع على قيمة الهالك فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الجهتين وهو كاف قلت لا يتعين أن يكون قيمة الهالك أنقص مما ادعاه البائع بل يجوز أن تكون مساوية له بل أزيد منه فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة الهالك اندفاع الزيادة المدعاة فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق على ماذكر فان قيل يجوز أن تكون كلمة حلف فى قوله واذا حلف البائع الخ على صيغة المبنى للمفعول من التفصيل وأن يكون المعنى واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة أى بنكول البائع لا بحلفه فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله قلنا فحينئذ يلزم استدراك قوله اللاحق لحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد حل كلام صاحب العناية ههنا فقال فى تفسير قوله بالنكول أى بنكول المشترى وقال وقوله بالنكول متعلق بزيادة فى قوله يدفع عن المشترى زيادة الثمن وقال فى تفسير قوله واذا حلف البائع يعنى بعد حلف المشترى وقال فان قيل دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشترى ليس الا قلنا اذا حلف البائع بعد حلف المشترى يفسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى أقول جملة ماذكره ليست بشئ أما فى تفسير قوله بالنكول بنكول المشترى وجعل قوله بالنكول متعلقا بزيادة فى قوله يدفع عن المشترى زيادة الثمن فلانه لا يكون للكلام حينئذ معنى معقول أصلا لانه ان كان المعنى يدفع عن المشترى زيادة الثمن الكائنة أى الثابتة فى الواقع بنكول المشترى فلا وجه له لان زيادة الثمن ان ثبتت فى الواقع ثبتت بالعقد لا غير وان كان المعنى يدفع عن المشترى زيادة الثمن الثابتة فى علم القاضى بنكول المشترى فلا صحة له لان زيادة الثمن اذا ثبتت فى علم القاضى بنكول المشترى يجب على المشترى فكيف يدفعها التحالف عنه بل لا يتصور التحالف عند نكول المشترى أصلا على ما مر غير مرة وأما قوله يعنى بعد حلف المشترى فلورود السؤال الذى ذكره بقوله فان قيل الخ عليه وأما جوابه عن هذا السؤال فلسقوطه بما ذكرناه آنفا من أنه لا يلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة لجواز أن تكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل أزيد منها وقال صاحب غاية البيان قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن أى ان دعوى المشترى يفيد ذلك وتذكير الضمير بتأويل الادعاء انتهى أقول وفيه أيضا بحث لان دعوى المشترى لا تفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الاعطاء أو معنى المنع وانما الذى يفيد دفعها بينة المشترى أو حلفه ان كان المراد بالدفع معنى المنع ونكوله ان كان المراد به معنى الاعطاء على أن الذى يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشترى ولا بيان فائدة تحليفه فقط فلو كان مراد المصنف ماذكره فات مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوى الافهام (فيتحالفان) هذا نتيجة الدليل المذكور (كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة) بان ادعى أحدهما العقد

مفيدا ألا ترى انهما لو اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة يتحالفان بان ادعى أحدهما الدراهم

في هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم والسلعة قائمة ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد والتأسيس أولى على أنه اما معطوف على الشرط أو حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط وأما الثانى فلان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما سلم للمشترى ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى الى غيره فان قيل فليكن ملحقا بالدلالة أجاب بقوله والتحالف فيه أى فى حال القيام يفضى الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها ألا ترى أنه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف فليس فى معناه فبطل الالحاق بالدلالة أيضا

(قوله ولابى حنيفة وأبى يوسف الى قوله بالتفريق بينهما) أقول أنت خبير بان الفاصل بينهما هو القياس على ماذكره لا الدليل النقلى (قوله وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام والسلعة قائمة) أقول فيه تأمل فان الفصل لا يفهم الا بطريق المفهوم وهو ليس بحجة شرعية فلا يلزم من الحاق المذكور فساد الوضع (قوله ولا كذلك بعد هلاكها) أقول الظاهر أنه لا يعود الى كل منهما رأس ماله ولابى

ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشترى ما يدعيه وقد ورد الشرع به فى حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضى الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن فى معناه ولانه لا يبالى بالاختلاف فى السبب بعد حصول المقصود

بالدراهم والآخر بالدنانير فانهما يتحالفان ويلزم المشترى رد القيمة (ولابى حنيفة وأبى يوسف ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشترى ما يدعيه وقد ورد الشرع به) أى بالتحالف (فى حال قيام السلعة) وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة فان قيل فليكن حال هلاك السلعة ملحقا بحال قيام السلعة بالدلالة أجاب بقوله (والتحالف فيه) أى فى حال قيام السلعة (يفضى الى الفسخ) فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه اليه (ولا كذلك بعد هلاكها) أى بعد هلاك السلعة (لارتفاع العقد) أى بالهلاك ألا ترى أنه لا يفسخ بالاقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف اذ الفسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد (فلم يكن فى معناه) أى فلم يكن وقت هلاك السلعة فى معنى وقت قيام السلعة فبطل الالحاق أيضا (ولانه لا يبالى بالاختلاف فى السبب بعد حصول المقصود) هذا جواب عن قول محمد والشافعى ان كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره أى لا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشترى حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعم هو أو البائع فلغا ذكر السبب وصار بمنزلة اختلافهما فى ألف وألفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا فى جنس الثمن لان البائع يدعى الدنانير والمشترى ينكر والمشترى يدعى الشراء بالدراهم والبائع ينكر وانكاره صحيح لان المبيع لا يسلم للمشترى الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وههنا اتفقا على الالف وهو يكفى للصحة كذا قرر المقام فى الكفاية ومعراج الدراية أخذا من الكافى وقال صاحب العناية فى تقرير قوله ولانه لا يبالى الخ جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة أى سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا أفضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشترى وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعى على البائع شيأ ينكره ليجب عليه اليمين ثم قال ونوقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا وهبة فان فى كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب وأجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثانى بانه على الاختلاف والمذكور فى بعض الكتب قول محمد انتهى

والآخر الدنانير ويلزم المشترى رد القيمة (قوله قد ورد الشرع به فى حال قيام السلعة) وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط ولا يلزم اطلاق قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما يقوله البائع ويترادان لان الامر بالتراد دليل قيام السلعة اذ هو تفاعل من الرد فيستدعى الرد من الجانبين ولا ذلك الا بقيام السلعة وليس المراد به ترادا العقد لانه لا يتصور وذلك مع أن المطلق والمقيد اذا وردا فى حادثة واحدة فى حكم واحد فالمطلق محمول على المقيد (قوله فلم يكن فى معناه) لان عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه ينفسخ العقد ويعود كل واحد منهما الى رأس ماله بعينه وبعد هلاكها لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف اذ الفسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد (قوله ولانه لا يبالى بالاختلاف فى السبب) جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه أى لا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشترى حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعم هو أو البائع وصار بمنزلة اختلافهما فى ألف وألفين بلا سبب فتكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا فى جنس الثمن لان البائع يدعى عليه الدنانير والمشترى

(قوله ولانه لا يبالى) جواب عن قولهما أن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة أى سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا أفضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشترى وهو

(قوله أى سلمنا ذلك لكن لا يضرنا) أقول قال العلامة الزيلعى فى باب المرابحة ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعى عقدا غير ما يدعيه الآخر فان العقد لا يختلف

يملك المبيع قد حصل بقبضه وتم به ملكه وليس يدعى على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين وينوقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا وهبة فان فى كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب وأجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثانى بانه على الاختلاف والمذكور فى بعض الكتب قول محمد وقوله (وانما براعى) جواب عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن ومعناه أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وما ذكرتم ليس منها فانه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترك به ما هو من موجباته وهو ما ذكرناه من ملك المبيع وقبضه وفيه نظر لانا اذا اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس التحالف من موجبات العقد والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس (وهذا) أى هذا الاختلاف (اذا كان الثمن دينا) ثابتا فى الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة فى الذمة

وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا

(وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته) هذا أيضا جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن يعنى أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بها ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه هذا زبدة ما فى الشروح واعترض عليه بعض الفضلاء بان ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى أقول مدار هذا الاعتراض على عدم فهم معنى المقام وزعم أن المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه اياه وليس المراد به ذلك قطعا اذ لا شك أن الذى من موجبات العقد هو ملك المشترى المبيع وقبضه اياه وأما ملك البائع المبيع وقبضه اياه فمن موجبات الفسخ دون العقد وهذا مما لا سترة به ثم ان قوله غايته أنه يملكه بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تامل تقف ثم ان صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب بان قال فيه تامل فانه قبل القبض على وفاق القياس انتهى أقول لم يعتبر التراد فائدة للتحالف الا بعد القبض اذ الرد انما يتصور بعد القبض فكان الجواب المزبور دافعا للنظر المذكور نعم لقائل أن يقول الظاهر أن للتحالف قبل القبض فائدة ما فاى شئ اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة لان موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعا فينتقض به قولهم وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد (وهذا) أى وهذا الذى ذكرناه من الاختلاف فى التحالف عند صورة هلاك المبيع (اذا كان الثمن دينا) أى ثابتا

ينكر والمشترى يدعى الشراء بالدراهم والبائع ينكر وانكاره صحيح لانه لا يسلم للمشترى الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وههنا اتفقا على الالف وهو يكفى للصحة * فان قيل لو اعتبر حصول المقصود من غير اعتبار لاختلاف السبب كان ينبغى أن لا يتحالفا عند قيام السلعة لان المقصود وهو ملك المعقود عليه حاصل للمشترى حتى لو كان جارية حل للمشترى وطؤها * قلنا نعم كذلك لكن هو ثابت بالنص بخلاف القياس فقلنا به (قوله انما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد) هذا أيضا جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن أى فائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته بل من موجبات نكول البائع وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من

باختلاف قدر الثمن من جنس واحد ألا يرى أن الوكيل بالبيع بالف يبيعه بالفين وان المبيع بالف يصير بالفين بالزيادة فى الثمن وبخمسمائة بالحط انتهى وفيه تامل فان الوكيل بالبيع بالف يجوز له البيع بالفين دلالة كما سبق تفصيله ولا يلزم منه اتحاد البيعين (قال المصنف وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد) أقول فيه تامل (قوله ومعناه أن المراعى من الفائدة) أقول فيه بحث لانه ان أراد أن المراعى من الفائدة التحالف لا يستقيم قوله لا يكون من موجبات العقد وهو ظاهر وان أراد أن المراعى من الفائدة العقد فليس الكلام فيه بل فى فائدة التحالف فليتامل وجوابه أنا نختار الاول وعدم استقامة ذلك ممنوع (قوله فانه من موجبات النكول) أقول لعل المراد نكول البائع لظهور أنه ليس موجب نكول المشترى فان لكن فيه تامل فان الظاهر أنه موجب حلف المشترى وكيف يكون من موجبات النكول فانه اذا لم ينكل أحدهما بل حلف كل منهما يحصل دفع الزيادة المدعاة وجوابه أنه مبنى على التنزل وارخاء العنان للخصم لكنه قال فى تقرير كلام محمد والشافعى واذا حلف البائع اندفعت الزيادة (قوله والنكول من موجبات التحالف) أقول فيه بحث (قوله فلا يترك به ما هو من موجباته الخ) أقول فيه أن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب عقده به (قوله وليس التحالف من موجبات العقد) أقول بل من موجباته فانه تبين بالتحالف فساده على ما مر فى الدرس السابق وموجب العقد الفاسد الفسخ (قوله والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس) أقول فيه تامل فانه قبل القبض على وفاق القياس

فان كان عينا يتحالفان لان المبيع فى أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل أو قيمته ان لم يكن له مثل قال (وان هلك أحد العبدين ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك من الثمن وفى الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة الا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحى ولا شئ له) وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فى الحى (والقول قول المشترى فى قيمة الهالك

فى الذمة بان كان من الدراهم أو الدنانير أو المكيلات أو الموزونات الموصوفة الثابتة فى الذمة (فان كان عينا) أى فان كان الثمن عينا كالثوب والفرس ونحو ذلك بان كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين (يتحالفان) أى بالاتفاق (لان المبيع فى أحد الجانبين قائم) فان كل واحد من العوضين فى بيع المقايضة مبيع وثمن ولا يتعين أحدهما للثمنية بدخول الباء كما تقرر فى كتاب البيوع (فتوفر فائدة الفسخ) وهو التراد فيرد القائم (ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل أو قيمته ان لم يكن له مثل) هذا اذا اختلفا فى قدر البدل وان اختلفا فى كون البدل دينا أو عينا ان ادعى المشترى انه كان عينا يتحالفان عندهما وان ادعى البائع أنه كان عينا وادعى المشترى انه كان دينا لا يتحالفان فالقول قول المشترى كذا فى الكفاية (قال) أى القدورى فى مختصره (وان هلك أحد العبدين) أى بعد قبضهما كذا فى الشروح (ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك) يعنى اذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشترى فهلك أحدهما ثم اختلفا فى الثمن فقال البائع بعتهما منك بالفى درهم وقال المشترى اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند أبى حنيفة الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك (وفى الجامع الصغير القول قول المشترى) أى فيهما كذا فى كثير من الشروح (مع يمينه عند أبى حنيفة الا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحى ولا شئ له من قيمة الهالك) وانما أعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لان لفظه يقتضى أن يكون المستثنى منه يمين المشترى ولفظ القدورى الذى هو لفظ المبسوط يقتضى أن يكون المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا (وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فى الحى) قال صاحب العناية وقوله فى تحرير المذاهب يتحالفان فى الحى ليس بالصحيح على ما سيأتى انتهى أقول يعنى أن قوله ههنا يتحالفان فى الحى ليس بملابس بالتفسير الصحيح للتحالف على قول أبى يوسف على ما سيأتى وهو أن يتحالفا على القائم والهالك معا لا أن يتحالفا على القائم فقط كما قاله بعضهم ولكن فيه نظر اذ يمكن تطبيق قوله هذا على ما سيأتى من التفسير الصحيح فانه لم يقل ههنا يتحالفان على الحى حتى تكون كلمة على صلة التحالف فيؤول المعنى الى التفسير الغير الصحيح بل قال يتحالفان فى الحى فيجوز أن تكون كلمة فى بمعنى اللام ويصير المعنى يتحالفان لاجل الحى كما فى قوله تعالى فذلكن الذى لمتننى فيه وكما فى الحديث ان امرأة دخلت النار فى هرة حبستها على ما نص عليه فى مغنى اللبيب ولا يخفى أن كون تحالفهما لاجل الحى أى كون المقصود من تحالفهما فسخ العقد فى الحى لا ينافى أن يتحالفا على الحى والميت معا كما هو الصحيح ليفيد التحالف على ما سيأتى بيانه (والقول قول المشترى فى قيمة الهالك) هذا من تتمة قول أبى يوسف

موجباته (قوله فان كان عينا يتحالفان) يعنى اذا اختلفا فى قدره ويترادان على البدل القائم وان اختلفا فى كون البدل دينا أو عينا ان ادعى المشترى أنه كان عينا يتحالفان عندهما وان كان البائع ادعى انه كان عينا وادعى المشترى أنه كان دينا لا يتحالفان والقول قول المشترى (قوله وان هلك أحد العبدين ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة رحمه الله) يريد به اذا هلك أحدهما بعد القبض * وفى الجامع الصغير للتمرتاشى فان كانت السلعة غير مقبوضة تحالفا فى موتهما وموت أحدهما وفى الزيادة لوجود الانكار من الجانبين (قوله وفى الجامع الصغير القول قول المشترى) أى فيهما مع يمينه * وانما أعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لان لفظ الجامع الصغير يقتضى أن يكون المستثنى منه يمين المشترى ولفظ المبسوط يقتضى أن يكون المستثنى عدم

الحى ولا شئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا وعلى هذا عامتهم وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشترى مع يمينه

(فاما اذا كان عينا) بان كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين فانهما (يتحالفان لان المبيع فى أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ) وهو التراد (ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا أو قيمته ان لم يكن) قال (وان هلك أحد العبدين ثم اختلفا الخ) واذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشترى فهلك أحدهما ثم اختلفا فى الثمن فقال البائع بعتهما منك بالفى درهم وقال المشترى اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند أبى حنيفة الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك (وفى الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا شئ له) واختلاف هاتين الروايتين فى اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ فى توجيه قوله أن يترك حصة الهالك وقوله أن يأخذ الحى ولا شئ له وفى مصرف الاستثناء فى الروايتين جميعا قالوا معنى الاول أن يخرج الهالك من العقد وكانه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم والاستثناء ينصرف الى التحالف لانه المذكور فى الكلام فكان تقديره كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان والمراد من قوله فى الجامع الصغير يأخذ

الأأن يرضى البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيأ آخر زائدا على ما أقر به المشترى وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لاالى التحالف لانه لما أخذ البائع بقول المشترى وصدقه لايحلف المشترى وكلام المصنف يشير الى أن أخذ الحى لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشترى فى قوله وترك مايدعيه عليه وهو أولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما قيل والصحيح هو الثانى لان البائع لا يترك من ثمن الميت شيأ مما أقر به المشترى انما يترك دعوى الزيادة (وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحى و يفسخ العقد فى الحى والقول قول المشترى فى قيمة الهالك) وقوله فى تحرير المذاهب يتحالفان فى الحى ليس بصحيح على ماسياتى (وقال محمد يتحالفان عليهما) و يفسخ العقد فيهما و يرد الحى وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لايمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) والجواب أن هلاك البعض محوج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهول فى المقسم عليه فلا يجوز (ولابى يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره) والجواب هو الجواب (ولابى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس فى حال قيام السلعة وهى اسم لجميع أجزائها) والجميع لايبقى بفوات البعض فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس فى معناه من كل وجه لان التحالف فى القائم لايمكن الاعلى اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهى تعرف بالحزر والظن فتؤدى الى التحالف مع الجهل وذلك لايجوز وتفطن مما ذكرنا ان أحد الدليلين المذكورين فى المتن لاثبات المدعى بنفى القياس وفيه اشارة الى الجواب عن مسئلة الاجارة فان القصار مثلا

وقال محمد يتحالفان عليهما ويرد الحى وقيمة الهالك) لان هلاك كل السلعة لايمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى ولابى يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس فى حال قيام السلعة وهى اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لايمكن التحالف فى القائم الاعلى اعتبار حصته من الثمن فلابد من القسمة وهى تعرف بالحزر والظن فيؤدى الى التحالف مع الجهل وذلك لايجوز

أقول فى عبارة الكتاب ههنا قصور لان قول المشترى انما يعتبر فى حصة الهالك من الثمن الذى أقر به المشترى كما سيجىء تفصيله لافى قيمة الهالك فان القول فيها للبائع كما صرح به المصنف فيما سياتى حيث قال فان اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى وعن هذا قال صاحب الكافى وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحى و يفسد العقد فى الحى والقول للمشترى فى حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى (وقال محمد يتحالفان عليهما) أى على الحى والهالك (و يرد الحى وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لايمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) قال صاحب العناية والجواب أن هلاك البعض محوج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهول فى المقسم عليه فلا يجوز انتهى ورد عليه بان المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه (ولابى يوسف ان امتناع التحالف للهلاك) أى لاجل الهالك (فيتقدر بقدره) أى يتقدر امتناع التحالف بقدر الهالك لان الحكم لا يزيد على العلة (ولابى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس فى حال قيام السلعة) يعنى أن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس فى حال قيام السلعة (وهى) أى السلعة (اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها) لانعدام الكل بانعدام جزئه وما يثبت على خلاف القياس لا يتعدى الى الغير فحصل من هذا الدليل نفى القياس والجواب عن قول محمد رحمه الله كما لايخفى (ولانه لايمكن التحالف فى القائم الاعلى اعتبار حصته من الثمن فلابد من القسمة) أى باعتبار القيمة كما سياتى (وهى) أى القسمة (تعرف بالحزر والظن فيؤدى الى التحالف مع الجهل وذلك لايجوز) فلا يلحق بالتحالف حال قيام السلعة بتمامها فحصل من هذا الدليل نفى الدلالة والجواب عن قول أبى يوسف كما ترى فان قلت ما الفرق لابى حنيفة بين هذه المسئلة و بين مسئلة الاجارة فيما اذا أقام القصار بعض العمل فى الثوب ثم اختلفا فى مقدار الاجرة ففى حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفى حصة ما بقى يتحالفان بالاجماع اعتبارا للبعض بالكل واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع وفيه التحالف عند أبى حنيفة أيضا دون هلاك بعض المبيع قلت الفرق بينهما من حيث ان عقد البيع فى العبدين عقد واحد فاذا تعذر فسخه فى البعض بالهلاك تعذر فى الباقى وأما عقد الاجارة ففى حكم عقود متفرقة تتجدد بحسب ما

التحالف لان المذكور قبل الاستثناء هناك لم يتحالفا

(قوله بل بطريق تصديق المشترى فى قوله) أقول الضمير فى قوله راجع الى المشترى (قوله لكان معلقا بمشيئتهما) أقول فيه أن أخذ الحى الا يكون معلقا بمشيئتهما البتة وانما الذى لا يتعلق بمشيئة المشترى أخذ ما أقر به من ثمن الهالك (قوله قيل والصحيح الخ) أقول القائل صاحب النهاية وفيه بحث لانه يجوز أن يكون الهالك قيمته شيأ قليلا لصغره أو لكونه مريضا أو مؤفا وتكثر الرغبات فى الحى وتزيد قيمته فيرضى البائع أن يأخذه صلحا عن جميع ما ادعاه طمعا فى زيادة قيمة الحى فانه لولا الصلح لايعطيه المشترى الحى اذ القول قوله مع يمينه فتامل (قوله فى قيمة الهالك) أى فى حصة قيمته (قوله والجواب أن هلاك البعض الخ) أقول أنت خبير بان المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه والظاهر أن التعليل الاول لابى حنيفة للجواب عن محمد والثانى للجواب عن أبى يوسف لا كما فهمه الشارح

الأأن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ و يصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحى ولاشئ له معناه لاياخذ من ثمن الهالك شيأ أصلا وقال بعض المشايخ ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى وانما لاياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لاالى التحالف لانه لما أخذ البائع بقول المشترى فقد صدقه فلا يحلف المشترى

يقيم من العمل فيتعذر فسخه فى البعض لا يتعذر فسخه فى الباقى كذا فى الشروح ونقله صاحب النهاية عن اجارات المبسوط أقول لقائل أن يقول هذا الفرق انما يتمشى بالنظر الى الدليل الاول وأما بالنظر الى الدليل الثانى فلا لان عقد الاجارة وان كان فى حكم عقود متفرقة الا أنه فى الصورة المذكورة كان بصفقة واحدة لم يعين فيها لكل جزء من المعقود عليه أجرة معلومة فلابد من القسمة وهى بالحزر والظن فيؤدى الى التحالف مع الجهل بعين ما قيل فى عقد البيع فينبغى أن لايجوز أيضا (الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا) أى بالكلية (لانه حينئذ) أى حين أن يرضى البائع بترك حصة الهالك بالكلية (يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان) أى اذا كان الامر كذلك فيتحالفان (وهذا) أى توجيه قوله الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك بما ذكر (تخريج بعض المشايخ) أى عامتهم (و يصرف الاستثناء عندهم الى التحالف) لانه هو المذكور فى الكلام فكان تقدير الكلام لم يتحالفا عند أبى حنيفة الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان (كما ذكرناه) أراد به قوله فيتحالفان (وقالوا) أى قال هؤلاء المشايخ (ان المراد من قوله فى الجامع الصغير ياخذ الحى ولاشئ له معناه لاياخذ من ثمن الهالك شيأ أصلا) أقول كان الظاهر فى التحرير من حيث العربية والمعنى أن يترك لفظ معناه من البين أو أن يقال ان قوله فى الجامع الصغير ياخذ الحى ولا شئ له معناه لاياخذ من ثمن الهالك شيأ أصلا ووجه الظهور ظاهر (وقال بعض المشايخ ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى وانما لاياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لاالى التحالف) فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند أبى حنيفة والقول قول المشترى مع يمينه الا أن يشاء البائع أن ياخذ الحى ولاياخذ من ثمن الهالك شيأ زائدا على ما أقر به المشترى فحينئذ لا يمين على المشترى (لانه لما أخذ البائع بقول المشترى فقد صدقه فلا يحلف المشترى) قال صاحب العناية وكلام المصنف يشير الى أن أخذ الحى لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشترى فى قوله وترك مايدعيه عليه وهو أولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما انتهى وقال بعض الفضلاء فيه ان أخذ الحى يكون معلقا بمشيئتهما البتة وانما الذى لا يتعلق بمشيئة المشترى أخذ ما أقر به من ثمن الهالك انتهى أقول هذا ليس بشئ لانه ان أراد بقوله ان أخذ الحى يكون معلقا بمشيئتهما البتة انه كان فى الكتاب معلقا بمشيئتهما البتة فليس بصحيح لان المذكور فى الكتاب الا أن يشاء البائع أن ياخذ الحى ولاشئ له ولم يعلق فيه أخذ الحى الا بمشيئة البائع وان أراد به أنه يكون فى الصلح معلقا بمشيئتهما البتة فليس بمفيد له أصلا بل هو مؤيد لما قاله شيخ الاسلام فان مراده أن أخذ الحى لو كان بطريق الصلح لكان معلقا فى الكتاب بمشيئتهما كما

(قوله ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك أصلا) أى لاياخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا ويجعل الهالك كان لم يكن وكان العقد لم يكن الاعلى القائم فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ وينصرف الاستثناء عندهم الى التحالف وقالوا أى قال هؤلاء ان المراد بقوله فى الجامع الصغير يأخذ الحى ولاشئ له أى لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا * وقال بعض المشايخ ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى ولاياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لاالى التحالف * وقال الامام الكسانى رحمه الله ياخذ البائع فى حصة الهالك من المشترى ما يقر به المشترى فحينئذ لايحلف لان الاستحلاف انما شرع فى حق المشترى اذا كان ينكر مايدعيه البائع من الزيادة فاذا ترك البائع دعوى الزيادة وأخذ الحى و رضى به

اذا أقام بعض العمل فى الثوب ثم اختلفا فى مقدار الاجرة ففى حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفى حصة ما بقى يتحالفان بالاجماع فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين وفيه التحالف عند أبى حنيفة أيضا دون هلاك أحد العبدين و بيان ذلك أن السلعة فى البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ بالهلاك فى البعض تعذر فى الباقى وأما الاجارة فهى عقود متفرقة تتجدد فى كل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فيتعذر الفسخ فى بعض لا يتعذر فى الباقى

(قوله فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين وفيه التحالف عند أبى حنيفة أيضا) أقول يعنى كصاحبيه ثم الضمير فى قوله فيه راجع الى استيفاء بعض المنفعة (قوله لايتعذر الباقى) أقول فيه تامل فان حصة الباقى يعلم بالحزر والظن وذلك مجهول فى المقسم عليه

والثانى ينفى الالحاق بالدلالة وفيه اشارة الى الجواب عن قول أبى يوسف ومحمد كما ذكرناه (ثم تفسير التحالف على قول محمد مابيناه فى القائم) وهو قوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ وانما لم تختلف صفة التحالف عنده فى الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف

(فاذا لم يتفقا وحلفا فادعى أحدهما أو كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضى المشترى برد الباقى وقيمة الهالك) والقول فى القيمة قول المشترى لان البائع يدعى عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا فى قيمة المغصوب (واختلفوا فى تفسيره على قول أبى يوسف) فمنهم من قال يتحالفان على القائم لا غير لان العقد ينفسخ فى القائم لا فى الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشترى لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه المشترى صدق فلا يفيد التحالف (والصحيح أنه يحلف المشترى بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيه المشترى فان نكل لزمه دعوى المشترى وان حلف يفسخان العقد فى القائم

ثم تفسير التحالف على قول محمد مابيناه فى القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شئ فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضى المشترى برد الباقى وقيمة الهالك واختلفوا فى تفسيره على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى والصحيح أنه يحلف المشترى بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيه المشترى فان نكل لزمه دعوى المشترى وان حلف يفسخان العقد فى القائم

يكون فى الصلح متعلقا بمشيئتهما البتة ولم يتعلق فيه الا بمشيئة البائع (ثم تفسير التحالف على قول محمد مابيناه فى القائم) أى فى البيع القائم على حاله وهو قوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ وانما لم تختلف صفة التحالف عنده فى الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (واذا حلفا ولم يتفقا على شئ) كان الاحسن فى التحرير أن يقول واذا لم يتفقا على شئ وحلفا بتقديم لم يتفقا على شئ على حلفا فى الوضع لتقدمه عليه فى الطبع (فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما) أى أو ادعى كلاهما ريفسخ العقد بينهما ويأمر القاضى المشترى برد الباقى وقيمة الهالك) والقول فى القيمة قول المشترى لان البائع يدعى عليه زيادة قيمة وهو ينكره فيكون القول قوله كما لو اختلفا فى قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد كذا فى الشروح (واختلفوا فى تفسيره) أى فى تفسير التحالف (على قول أبى يوسف) قال فى النهاية ومعراج الدراية لم يذكر تفسير التحالف على قول أبى حنيفة لان عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل أقول فيه شئ وهو أن هلاك البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقا بل ان رضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا يتحالفان عنده أيضا على تخريج عامة المشايخ وقد ارتضى المصنف هذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب أولا كما مر آنفا فكان لذكر تفسير التحالف عند أبى حنيفة أيضا مساغ وعن هذا ان الامام الزيلعى ان ذكر فى التبيين تفسير التحالف على قول محمد وعلى قول أبى يوسف قال وعند أبى حنيفة أن البائع اذا رضى أن يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذى ذكرناه لابى يوسف انتهى وقال فى غاية البيان لما كان قول أبى حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما انتهى أقول هذا أقرب الى الحق مما سبق ولكن فيه أيضا شئ لا يخفى فالاولى أن يقال لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع فى قول أبى حنيفة مخصوصا بتخريج بعض المشايخ وبصورة نادرة هى صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده على سبيل الاستقلال بل اكتفى بما يفهم من بيان تفسيره على قول أبى يوسف (والصحيح أنه يحلف المشترى بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع) ومنهم من قال يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والعقد ينفسخ فى القائم لا فى الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشترى لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه المشترى صدق فلا يفيد التحالف فالصحيح أن يحلف المشترى على الوجه المذكور فى الكتاب (فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيه المشترى فان نكل لزمه دعوى المشترى وان حلف يفسخان العقد فى القائم) فان قلت أسند فسخ العقد ههنا اليهما كما ترى وفيما

المشترى فلا حاجة الى استحلاف المشترى * وقال مشايخ بلخ رحمهم الله ينصرف الى عين المشترى معناه أن البائع يأخذ الحى منهما صلحا عما يدعيه قبل المشترى من الزيادة فيجعل صلحهما على هذا كصلحهما على عبد آخر * وصار تقدير ما قال فى الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند أبى حنيفة رضى الله عنه ويكون القول قول المشترى مع اليمين الا أن يأخذ البائع الحى صلحا ولا يأخذ شيئا آخر فحينئذ لا يحلف المشترى (قوله والصحيح أن يحلف المشترى) بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع قال بعضهم

(قوله والثانى ينفى الالحاق بالدلالة الخ) أقول هذا معطوف على ما تقدم بخمسة أسطر وهو قوله ان أحد الدليلين المذكورين فى المتن لاثبات المدعى ينفى القياس الخ وتسقط
(قوله وهذا ليس بصحيح الى قوله وكان صادقا) أقول لم لا يجوز أن يحلف المشترى أن حصته ليست بألف والبائع أن حصته ليست بخمسمائة ولا

وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك) من الثمن الذى يقر به المشترى ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا انفسخ العقد والعقد فى الهالك لم ينفسخ عنده (وتعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض) يعنى يقسم الثمن الذى أقر به المشترى على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشترى نصف الثمن الذى أقر به المشترى ويسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على أن قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم يجب على المشترى ثلث ما أقر به من الثمن (وان اختلفا) فى ذلك فقال المشترى كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول للبائع) لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشترى يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره وطولب بوجه تعين قيمته يوم القبض دون القيمة يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد فى حق انقسام الثمن دل على ذلك مسائل الزيادات

وقال محمد قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض وقال ظهير الدين هذا اشكال هائل أوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد أحد الى جوابه ثم قال والذى تخايل لى بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف أما فى الحى منهما فظاهر وكذلك فى الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ من الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ماهو من لوازم الفسخ فى الهالك وهو اعتبار قيمته

وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض (وان اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع

سبق الى القاضى حيث قال وان حلفا فسخ القاضى البيع بينهما فما التوفيق قلت معنى ما سبق فسخ القاضى بينهما ان لم يفسخا بانفسهما يرشد اليه أن الشراح قالوا فى شرح ذلك المقام فسخ القاضى العقد بينهما ان طلبا أو طلب أحدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب انتهى اذ لا يخفى أن الفسخ اذا كان حقهما فهما يقدران على احداثه بانفسهما ومعنى ماذكر ههنا يفسخان العقد ان أرادا الفسخ بانفسهما على نهج قوله عليه السلام تحالفا وترادا وهذا لا ينافى أن يفسخه القاضى أيضا فيما اذا لم يفسخا بانفسهما بل طلباه أو طلبه أحدهما من القاضى وسيأتى التصريح من الشراح فى مسئلة التحالف بالاقالة بتساوى فسخ القاضى فسخهما بانفسهما (وتسقط حصته) أى حصة القائم (من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك) من الثمن الذى أقر به المشترى ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا انفسخ العقد والعقد فى الهالك لم ينفسخ عنده كذا فى العناية (وتعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض) يعنى يقسم الثمن الذى أقر به المشترى على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت على السواء يجب على المشترى نصف الثمن الذى أقر به المشترى ويسقط عنه نصف ذلك الثمن وان تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على أن قيمة الهالك يوم القبض كانت كذا يجب على المشترى بقدرها حصة من الثمن الذى أقر به ويسقط عنه الباقى من ذلك الثمن (وان اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض) فقال المشترى كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول قول البائع) مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب الثمن الذى أقر به المشترى ثم المشترى يدعى سقوط زيادة من الثمن بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه فان قيل لماذا تعتبر قيمتهما يوم القبض

يقسم الثمن على قيمة العبدين فيما يخص الحى ألف مثلا على زعم البائع وخمسمائة على زعم المشترى يحلف المشترى بالله ما اشتريته بألف ويحلف البائع بالله ما بعته بخمسمائة كما يدعيه المشترى واذا حلفا يفسخ العقد فى الحى ثم يحلف المشترى على حصة الهالك فان نكل لزمه ما ادعاه البائع وان حلف لزمه ما أقر به دون الزيادة والصحيح انهما يتحالفان على جملة الثمن لان من اشترى شيئين بألفى درهم يصدق فى يمينه انه ما اشترى أحدهما بألف وكذا البائع على هذا فلا يحصل ما هو المقصود من اليمين وهو النكول (قوله وتعتبر قيمتهما فى الانقسام

يرد ما يقال لكن يمكن أن يقال بل يرد أيضا فان ما يخص كل واحد منهما لا يعرف الا بالحدس والتخمين فتجاسر كل منهما على اليمين لانتفاء كذبه بيقين (قوله دل على ذلك مسائل الزيادات) أقول فى باب الزيادات فى البيع من كتاب البيوع (قوله وهو التحالف) أقول قوله هو راجع الى ما فى قوله ما يوجب الفسخ الخ (قوله أما فى الحى) أقول أى أما كون التحالف موجبا للفسخ فى الحى (قوله لمكان الهلاك) أقول الذى هو مانع (قوله ماهو من لوازم الفسخ) أقول أى من روادفه وتوابعه وليس المراد اللازم الميزانى ثم أقول قال محمد فبناء ذلك وجد عيبا يرد بحصته من الثمن فالعيب ان كان مما يوجب الفسخ لم يصح قولنا ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وان لم يكن مما يوجبه يحتاج الى الفرق بين ما فى الزيادات والمسئلة المنقولة من بيوع الاصل اذ قد اعتبر فيها قيمة الهالك يوم القبض كما صرح به فى النهاية

دون العقد فى حق انقسام القيمة ومسائل الزيادات تدل على هــذا حتى قال محمد قيمة الام تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين ههنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هــذا اشكال هائل أوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد أحد الى جوابه ثم قال والذى تخايل لى بعد طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف أما فى الحى منهما فظاهر وكذلك فى الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ فى الهالك لمكان الهلاك لم يتعــذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فى الهالك وهو اعتبار قيمتــه يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو قول محمد حتى قال يضمن المشــترى قيمة الهالك على تقدير التحالف عنــده فيجب اعمال التحالف فى اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهــذا يعتبر قيمتهما يوم القبض كذا فى النهاية وأكثر الشروح أقول فى التوجيه الذى ذكره الامام ظهير الدين نظر لان تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد فى حق الميت على قول أبى يوسف ممنوع لان ما يوجب ذلك فيــما نحن فيه انما هو التحالف كما صرح به والتحالف انما يجرى عنده فى الحى دون الميت وتعذر الفسخ فى الهالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه للهلاك لا لمجرد الهلاك بدون امتناع جريان التحالف ألا ترى أن محمدا لما أجاز التحالف على الهالك أيضا أجاز الفسخ فى الهالك على قيمته ولم يكن الهلاك مانعا عنه فاذا لم يتحقق التحالف فى الهالك على قول أبى يوسف وتعذر الفسخ فيــه أيضا فما الباعث على اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعذر اعتباره لا يقتضى اعتباره سيما عند تحقق ما يقتضى اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصودا بالعقد ثم ان صاحب العناية قال بعــد نقل ما فى تلك الشروح وأقول الاصــل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئــذ قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيــه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد فى القائم دون الهالك صار العــقد مفسوخا فى الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ و بانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ انتهى أقول وفيه أيضا نظر لان قوله وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد فى القائم صار العقد مفسوخا فى الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير تام لان اتحاد الصفقة انما يقتضى انفساخ العقد فى الهالك بانفساخه فى القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما فانه حينئذ يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز وأما اذا وقع الفسخ بعد قبضهما فلا يقتضى ذلك فان اللازم حينئذ تفريق الصفقة بعــد تمامها اذ هى تتم بالقبض وهو جائز ألا ترى الى ما مر فى باب خيار العيب من أن من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فانه يفسخ العقد فى المعيوب خاصة عند أئمتنا الثلاثة بناء على أن تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض جائز والمسئلة فيما نحن فيه مفروضة

يوم القبض) وذكر فى النهاية فان قيــل لماذا تعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد فى حق انقسام الثمن وعلى قياس مسائل الزيادات كان ينبغى أن تعتــبر قيمتهما يوم العقد كما قال محمــد رحمه الله تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعــقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين ههنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هــذا اشكال هائل أوردته على كل نحرير فلم يهتد أحد الى جوابه ثم قال والذى تخايل لى بعــد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد فيجب اعتبار قيمة يوم العقد وفيما نحن بصــدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف أما فى الحى منهــما فظاهر وكذلك فى الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ فى الهالك لمكان الهــلاك لم يتعــذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فى الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم

يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال يضمن المشترى قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف فى اعتبار قيمــة الهالك يوم القبض فلهذا تعتــبر قيمتهــما يوم القبض هذا ما قاله صاحب النهاية وغــيره من الشارحين وأقول الاصــل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد أن تعتــبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه تعتبر حينئذ قيمتــه يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعــين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد فى القائم دون الهالك صار العقــد مفسوخا فى الهالك نظــرا الى اتحاد الصــفقة غــير مفسوخ نظــرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم

(وأيهما

الحصــة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ و بانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ (وأيهــما أقام البينة تقبل بينته) لانه نور دعواه بالحجة (وان أقاماها فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا لاثباتها الزيادة فى قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشترى زيادة فى قيمة القائم لانها ضمنية والاختلاف المقصود هو ما كان فى قيمة الهالك ثم ذكر المصــنف ما هو على قياسه من بيوع الاصل وهو ظاهر مما

(وأيهما أقام البينة تقبــل بينته وان أقاماها فبينة البائع أولى) وهو قياس ما ذكر فى بيوع الاصل (اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده و يسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا فى قيمة الهالك فالقول قول البائع) لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشترى يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر (وان أقاما البينــة فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة فى قيمة الهالك وهــذا الفقه وهو أن فى الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على أحــد العاقدين وهــما يعرفان حقيقة الحال فبنى الامر عليها والبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله وفى البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقــة الحال فاعتــبر الظاهر فى حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر

فيما اذا هلك أحد العبدين بعد قبضهما كما تبين فى صدر المسئلة فلا يتم التقريب (وأيهما أقام البينة تقبل بينته) لانه نور دعواه بالحجة (وان أقاماها فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا لاثباتها الزيادة فى قيمة الهالك فان قيل المشترى يدعى زيادة فى قيمة القائم فوجب أن تقبل بينته لاثباتها الزيادة قلنا ان الذى وقع الاختلاف فيه مقصودا قيمة الهالك والاختلاف فى قيمة القائم يثبت ضمنا للاختلاف فى قيمة الهالك و بينــة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه مقصودا فكانت أولى بالاعتبار كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المرغينانى وقاضيخان (وهو) أى ما ذكر من قول أبى يوسف وتفريعاته (قياس ما ذكر فى بيوع الاصل) أى المبسوط (اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده و يسقط عنه ثمن ما رده و ينقسم الثمن على قيمتهما) أى يوم القبض كذا فى النهاية (فان اختلفا فى قيمة الهالك) أى فى مسئلة الاصل (فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشــترى يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وان أقاما البينة) أى فى مسئلة الاصل (فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة فى قيمة الهالك والبينات شرعت للاثبات فما كان أكثر اثباتا كان أولى قال المصنف (وهذا الفقه) أى اعتبار بينة البائع و يمينه لمعنى فقهــى (وهو أن فى الايمان تعتبر الحقيقة) أى حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة واستدل المصنف عليه بقوله (لانها) أى الايمان (تتوجه على أحد العاقدين) أى لا على الوكيل والنائب (وهما) أى المتعاقدان (يعرفان حقيقة الحال) لان العقد فعل أنفسهما والانسان أعرف بحال نفسه (فبنى الامر عليها) أى على الحقيقة (والبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله) لانه ينكر سقوط الزيادة (وفى البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال) لانهــما يخبران عن فعل الغير لا عن فعل أنفسهما فيجوز أن يكون الحال فى الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل أو تلجئة أو غير ذلك (فاعتبر الظاهر فى حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا) أى كما اعتبر يمينه (وتترجح) أى تترجح بينته على بينة المشترى (بالزيادة الظاهرة على ما مر)

القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد رحمه الله حتى قال يضمن المشترى قيمة الهالك على تقدير التحالف عنــده فيجب اعمال التحالف فى اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا تعتــبر قيمتهما يوم القبض فى بعض الفوائد ثم فى الكتاب اعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض لانه بيع بلا ثمن أو بثمن مجهول والبيع الفاســد كالغصب من حيث ان كل واحد منهما مضمون بالقيمة (قوله وان أقاما البينة فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا ظاهرا لاثباته الزيادة فى قيمة الهالك فان قيل المشترى يدعى زيادة فى قيمة القائم فوجب ان يقبــل

ذكرنا وذكر الفقه فى أن القول ههنا قول البائع والبينــة أيضا بينته مع أن المعهود خــلاف ذلك اذ البائع اما أن يكون مدعيا أو مدعى عليــه فان كان الاول فعليــه البينة وان كان الثانى فعليه اليمين اذا أنكر فالجمع بينهــما جمع بين المتنافيــين وذلك أن كلا من اليمين والبينة ينبنى على أمر جاز أن يجتمع مع الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهــما كذلك فبنى الايمان على حقيقة الحال لئــلا يلزم الاقدام عــلى القسم بجهالة ومبنى البينات على الظاهر لان الشاهــد يخبر عن فعل غيره لا عن فعل نفســه فجاز أن يكون الحال فى الواقع على خلاف ما ظهر عنده بهزل أو تلجئة أو غــير ذلك واذا ظهر هذا جاز أن يكون القول للبائع لانه منكر حقيقــة اذ هو أعلم بحال نفسه وأن تقبل بينته لانه مدع فى الظاهر واذا أقاما البينة تترجح بالزيادة الظاهرة عــلى ما مر وفى كلامه نظر لانه علل اعتبار الحقيقة فى الايمان بقوله لانها تتوجــه على أحــد العاقدين وهــما يعرفان حقيقة الحال وهو مفرع على

 المدعى فان توجه اليمين على أحد العاقدين دون الوكيل والنائب انما هو لان المعتبر

(قوله فبنى الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام الخ) أقول لا يخفى عليك أن القيمة تعرف بالحزر والظن فلو حلف يلزم الاقدام على اليمين بجهالة (قوله لانه منكر حقيقة اذ هو أعلم بحال نفسه) أقول فيه شئ

وهذا يبين لك معنى ماذكرنا من قول أبى يوسف قال (ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول) ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد فى البيع المطلق والاقالة فسخ فى حق المتعاقدين وانما أثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على مامر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى

وهو قوله لانها أكثر اثباتا ظاهرا (وهذا) أى ماذكر فى بيوع الاصل (يبين لك معنى ماذكرناه فى قول أبى يوسف) رحمه الله فى التحالف وتفريعاته التى ذكرت فى بيوع الجامع الصغير (قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (ومن اشترى جارية وقبضها) أى ونقد ثمنها كذا فى الشروح وفى أصل الجامع الصغير (ثم تقايلا) ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة كذا فى الشروح وسيشير اليه المصنف بقوله والمسئلة مفروضة قبل القبض (ثم اختلفا فى الثمن) فقال المشترى كان الثمن ألفا فعليك أن ترد الالف وقال البائع كان خمسمائة فعلى رد الخمسمائة (فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول) حتى يكون حق البائع فى الثمن وحق المشترى فى المبيع كما كان قبل الاقالة معناه يعود البيع الاول اذا فسخ القاضى أو فسخا بانفسهما الاقالة لان الاقالة كالبيع لاتنفسخ الا بالفسخ كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن صدر الاسلام ولما استشعر أن يقال النص الوارد فى حق التحالف وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها أجاب بقوله (ونحن ما أثبتنا التحالف فيه) أى فى التقايل (بالنص لانه ورد فى البيع المطلق) أى فى البيع من كل وجه (والاقالة فسخ فى حق المتعاقدين) وان كان بيعا جديدا فى حق غيرهما فان قلت قوله والاقالة فسخ فى حق المتعاقدين انما يتمشى على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبى يوسف فان الاقالة عنده بيع فى حق المتعاقدين أيضا والمسئلة التى نحن فيها متفق عليها فما وجه بناء الوفاقية على الخلافية قلت كلام المصنف هذا جواب عن سؤال مقدر ذكرناه آنفا وذلك السؤال انما يكاد يتوجه على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبى يوسف كما لا يخفى فبنى الجواب أيضا على أصلهما دون أصله فتدبر (وانما أثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض) أى قبل قبض البائع الجارية بحكم الاقالة (والقياس يوافقه على مامر) أى فى أول الباب (ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض) توضيح لقوله وانما أثبتناه بالقياس يعنى اذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الاجرة يجرى التحالف بينهما (والوارث على العاقد) أى ونقيس الوارث على العاقد يعنى اذا اختلف وارث البائع والمشترى فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما (والقيمة على العين) أى ونقيس القيمة على العين (فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى) يعنى

بينته لاثبات الزيادة قلنا الذى وقع الاختلاف فيه قصدا قيمة الهالك والاختلاف فى قيمة القائم ثبت ضمنا للاختلاف فى قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ماوقع فيه الاختلاف قصدا فكانت أحق بالاعتبار والفقه فيه أن فى البينات يعتبر الظاهر لان الشهود لا يقفون الا على الظاهر فاعتبر ذلك فى حقهم والبائع يدعى ظاهرا فلهذا تقبل بينته ثم صارت بينته أولى لان بينته تثبت زيادة فى ذمة المشترى وفى الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبنى الامر على الحقيقة والبائع منكر حقيقة فكان القول قوله مع يمينه (قوله وهذا يبين لك معنى ماذكرناه من قول أبى يوسف رحمه الله) أى هذا هو الفقه فى أن جعل أبو يوسف رحمه الله القول قول البائع فى قيمة الهالك والبينة بينته أيضا فيما اذا اختلفا فى قيمة الهالك بعد التحالف عنده (قوله لانه ورد فى البيع المطلق) أى فى البيع من كل وجه والاقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق التحالف فلا يكون النص الوارد فى البيع المطلق واردا فيه وانما أثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض أى قبل قبض البائع المبيع بعد الاقالة (قوله ولهذا نقيس الاجارة) ايضاح

فى الايمان هو الحقيقة ويمكن أن يجاب عنه بانه دليل لا تعليل والفرق بين عند المحصلين (قوله وهذا) أى ماذكر فى الاصل (يبين معنى ماذكرناه) من قول أبى يوسف فى التحالف وتفريعاته التى ذكرت فى مسئلة الجامع الصغير قال (ومن اشترى جارية الخ) ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة حتى اختلفا فى الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع فى الثمن وحق المشترى فى المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما أو فسخها القاضى لانها كالبيع لاتنفسخ الا بالفسخ فان قيل النص لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها أجاب بقوله (ونحن ما أثبتنا التحالف بالنص لانه ورد فى البيع المطلق والاقالة فسخ فى حق المتعاقدين) فلا تدخل تحته (وانما أثبتناه بالقياس لان مانحن فيه من مسئلة الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على مامر ولهذا نقيس الاجارة) اذا اختلف الآجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الاجرة (على البيع قبل القبض والوارث على العاقد) اذا اختلفا فى الثمن قبل القبض (والقيمة على العين فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى) قال

يعنى اذا استهلك غير المشترى العين المبيعة فى يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشترى لكون النص اذذاك معقول المعنى (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد فانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا) لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا أو غير مقبوض قال (ومن

قال (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد) لانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا قال (ومن أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن

اذا استهلك غير المشترى العين المبيعة فى يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتراة لكون النص اذذاك معقول المعنى وفى غاية البيان وهذه هى النسخة المقابلة بنسخة المصنف وفى بعض النسخ فيما اذا استهلك المشترى وفى بعضها فيما اذا استهلك المبيع قال الامام حافظ الدين الكبير البخارى على حاشية كتابه الصحيح استهلك المشترى انتهى وفى معراج الدراية الصواب اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى وهذه العبارة على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنف أو الصواب استهلك المشترى بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشترى على صيغة المفعول انتهى (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا) يعنى أن محمدا يرى النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا معلولا بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا أو غير مقبوض قال بعض الفضلاء فان قيل الاقالة بيع عند أبى يوسف فيكون متناول النص فينبغى أن يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع أيضا قلنا لما وقع الخلاف فى كونه بيعا لا يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق للشبهة انتهى أقول جوابه ساقط جدا لان التحالف ليس مما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص كما لا يخفى فلو كان مجرد وقوع الخلاف فى كون الاقالة بيعا مانعا عنده عن أن يتناولها النص الوارد فى البيع المطلق فى حق حكم التحالف فكان ذلك مانعا عنده عن أن يتناولها النصوص الواردة فى حق سائر أحكام البيع المطلق أيضا مع أن احكام البيع المطلق جارية باسرها فى الاقالة عنده على ماتقرر فى بابها ثم أقول فى دفع سؤاله ان أصل أبى يوسف فى الاقالة هو أنها بيع الا أن لا يمكن جعلها بيعا كالاقالة قبل القبض فى المنقول فتجعل فسخا كما بينوا فى باب الاقالة وفيما نحن فيه لما اختلفا فى الثمن ولم يثبت قول أحدهما صار الثمن مجهولا فلم يمكن جعله بيعا لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق فلم يجر التحالف فيه عنده أيضا لا بالنص ولا بالقياس (قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (ومن أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن) أى فى رأس المال فقال المسلم اليه كان رأس المال خمسة

لقوله وانما أثبتناه بالقياس يعنى اذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الاجرة والقيمة على العين فيما اذا استهلك المشترى استهلك على البناء للمفعول وههنا عبارة أخرى وهى فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى قيل هكذا كانت على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنف رحمه الله وفى المبسوط اذا قتل المبيع قبل القبض فالقيمة هنالك واجبة على القاتل وهى قائمة مقام العين فى امكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض انما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت فى حكم المعقود عليه (قوله لانه يرى النص معلولا بعد القبض) أى قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا معلول بوجود

أسلم عشرة دراهم الخ) ومن أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة فى باب السلم لاتحتمله لكونها فيه اسقاطا للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة فى البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشترى بعد عوده الى البائع ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب يعنى قضى القاضى بذلك وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا ترتفع الاقالة ولا يعود السلم ولو كان ذلك فى بيع العين عاد البيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعى عليه زيادة من رأس المال وهو ينكر وأما هو فلا يدعى على رب السلم شيأ لان المسلم فيه قد سقط بالاقالة قبل المعقود عليه قد فات فى اقالة السلم وفيما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا فالفرق لمحمد فى اجراء التحالف فى صورة هلاك السلعة دون

قال المصنف (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة الخ) أقول فان قيل الاقالة بيع عند أبى يوسف فيكون متناول النص فينبغى أن يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع أيضا قلنا لما وقع الخلاف فى كونه بيعا لا يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق للشبهة فليتأمل (قوله لما يدعيه الآخر) أقول هو العقد كما مر (قوله لان فائدة التحالف الفسخ) أقول لقوله عليه الصلاة والسلام تحالفا وترادا ولكن بقى ههنا بحث لانه ان أراد كليا فممنوع والسند التحالف اذا اختلفا فى المهر وان أراد جزئيا فسلم ولا يفيده وجوابه يعلم من تعليل الاختلاف فى المهر فافهم (قوله لا ترتفع الاقالة) أقول ينبغى أن يرفع من هنا

فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم) لان الاقالة فى باب السلم لاتحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة فى البيع ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لايعود السلم ولو كان ذلك فى بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال (واذا اختلف الزوجان فى المهر فادعى الزوج انه تزوجها بألف وقالت تزوجنى بألفين فايهما أقام البينة تقبل بينته) لانه نور دعواه بالحجة (وان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة)

وقال رب السلم كان عشرة (فالقول قول المسلم اليه) أى مع يمينه لان رب السلم يدعى عليه زيادة وهو ينكر (ولا يعود السلم) أى لايتحالفان ولا يعود السلم (لان الاقالة فى باب السلم لاتحتمل النقض) أى الفسخ يعنى أن المقصود من التحالف الفسخ واليه الاشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام تحالفا وترادا والاقالة فى باب السلم لاتحتمله (لانه) أى الاقالة فى باب السلم ذكر الضمير بتاويل التقايل (اسقاط) للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لايعود (فلا يعود السلم بخلاف الاقالة فى البيع) فانها تحتمل الفسخ ويعود المبيع الى المشترى بعد عوده الى البائع لكونه عينا قائما ونور هذا بقوله (ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب) أى فقضى القاضى بالرد بالعيب على رب السلم (وهلك) أى فى يد المسلم اليه (قبل التسليم الى رب السلم لايعود السلم ولو كان ذلك فى بيع العين يعود البيع دل) أى دل هذا الذى ذكر (على الفرق بينهما) أى بين السلم والبيع فان قيل ما الفرق لمحمد بين اقالة السلم و بين ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا فى مقدار الثمن فانهما يتحالفان فيما اذا هلكت السلعة ولا يتحالفان فى اقالة السلم اذا اختلفا فى مقدار رأس المال وان فات المعقود عليه فى الفصلين جميعا قلنا الاقالة فى السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجرى فى البيع لا فى الفسخ كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا اختلف الزوجان فى المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بالف وقالت تزوجنى بالفين فايهما أقام البينة تقبل بينته) قال المصنف فى تعليله (لانه نور دعواه بالحجة) قال الشراح أما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعى الزيادة وانما الاشكال فى قبول بينة الزوج لانه منكر الزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع فى الصورة وهى كافية لقبولها انتهى (فان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) هذا من تمام كلام القدورى قال

الانكار من كل واحد من المتبايعين لان كل واحد منهما يدعى عقدا ينكره صاحبه لان البيع بالف غير البيع بالفين فلذلك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لوجود الانكار منهما جميعا وهذا المعنى لا يتفاوت بين أن يكون المبيع فى يد البائع ثم وقع الاختلاف أو فى يد المشترى ثم وقع الاختلاف ولما كان النص عنده معلولا تعدى حكمه من البيع الى الاقالة وان كان بعد قبض البائع المبيع بعد الاقالة (قوله لانه اسقاط فلا يعود السلم) لان المعقود عليه فى السلم قد سقط بالاقالة والتحالف شرع للفسخ وفسخ الاقالة فى السلم لا يتصور لاستحالة عود المعقود عليه الى ذمة المسلم اليه ولو انفسخت الاقالة كان حكمها عود المسلم فيه بعد السقوط والساقط لا يعود ولو تصور لا يعود رأس المال لانه دين فاما المعقود عليه بعد الاقالة فى البيع باق لانه عين فيكون التحالف مفيدا الحكمة وهو الفسخ ألا ترى ان رأس المال لو كان عرضا بان أسلم ثوبا فى كر حنطة ورده بالعيب بعد قبضه والمراد من الرد هنا اختيار الرد ورد البيع بالتراضى أو حكم القاضى يعنى اختار الرد الى رب السلم وهلك الثوب قبل التسليم لم يعد السلم لما ان المعقود عليه قد سقط ومثله لو اشترى عرضا ورده بالعيب ولم يسلم الى البائع حتى هلك فى يده عاد البيع وفى الفوائد فرق بينهما بوجه آخر وهو أن الاقالة فى باب السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه لانه لا يمكن ان يعتبر بيعا جديدا لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه كما فى بيع العين اذا تقايلا قبل قبض المبيع والثمن مدفوع الى البائع ثم اختلفا فى مقدار الثمن لا يتحالفان و يكون القول قول البائع مع يمينه لان الاقالة فى هذه الحالة فسخ من كل وجه والتحالف عرفت شرعيته فى العقود دون الفسوخ والاقالة فى بيع العين بعد القبض اعتبرت فسخا فيما بين المتعاقدين واعتبرت

لانها

اقالة السلم وأجيب بأن الاقالة فى السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجرى فى البيع لا فى الفسخ قال (واذا اختلف الزوجان فى المهر الخ) اذا اختلف الزوجان فى المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجنى بالفين فايهما أقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة أما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعى الزيادة وانما الاشكال فى قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع فى الصورة وهى كافية لقبولها كاذكرنا وان أقاما) فلا يخلو اما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أو لا فان كان الاول (فالبينة للمرأة

(قوله وأجيب بان الاقالة فى السلم الخ) أقول فيه أن محمدا يرى النص معلولا وذلك التعليل جار ههنا فان كلا منهما يدعى عقدا غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره وسيجىء جوابه فى درس الاختلاف فى الاجارة

لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته (وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند أبى حنيفة ولا يفسخ النكاح) لان أثر التحالف فى انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية

المصنف فى تعليله (لانها) أى لان بينة المرأة (تثبت الزيادة) وقال فى توجيهه (معناه اذا كان مهر مثلها) أى مهر مثل المرأة (أقل مما ادعته) وقال صاحب العناية فى تفصيل المسئلة وان أقاما فلا يخلو اما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أو لا فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثانى فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيأ لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى أقول فى تحريره خلل حيث حكم فى الاول على الاطلاق بكون البينة للمرأة وليس كذلك بل الاول أيضا لا يخلو من أن يكون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه ومن أن يكون أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثانى فتتعارض بينتاهما حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينته الحط فيتهاتران فيجب مهر المثل وقد صرح بهذا التفصيل فى عامة الكتب المعتبرة حتى المتون فى باب المهر بل صرح به صاحب العناية أيضا فى ذلك الباب من شرح هذا الكتاب وأما قول المصنف معناه اذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته فليس بهذه المثابة من الخلل اذ يمكن أن يكون مراده به مجرد الاحتراز عما اذا كان أكثر مما ادعته لا التعميم لقسمى كون مهر مثلها أقل مما ادعته بخلاف تحرير صاحب العناية فان عبارة لا يخلو فى قوله وان أقاما فلا يخلو اما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أو لا تقتضى شمول الاقسام كما لا يخفى على ذوى الافهام ولقد أحسن الامام الزيلعى فى هذا المقام حيث قال فى شرح قول صاحب الكنز وان برهنا فللمرأة هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بان كان مثل ما يدعى الزوج أو أقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى وان كان مهر المثل يشهد لها بان كان مثل ما تدعيه المرأة أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان أقل مما ادعته المرأة وأكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح أنهما يتهاتران لانهما استويا فى الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا تكون احداهما أولى من الاخرى انتهى (وان لم يكن لهما بينة) أى عجزا عن اقامة البينة (تحالفا عند أبى حنيفة ولا يفسخ النكاح لان أثر التحالف فى انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه) أى فى النكاح فلا حاجة الى الفسخ (بخلاف البيع لان عدم التسمية

بيعا جديدا فى حق التحالف وكذا فى باب السلم لو حصلت الاقالة بعد قبض المسلم فيه وهو قائم أمكن اعتبارها بيعا جديدا فى حق غير المتعاقدين فيتحالفان أيضا فان قيل الاقالة بعد قبض المبيع فى بيع العين انما اعتبرت بيعا جديدا فى حق غير المتعاقدين فاما فى حقهما وما كان من حقهما اعتبرت فسخا ألا ترى أن هذا القبض لما كان من حقهما اعتبرت الاقالة فى حق القبض فسخا فيما بينهما حتى أن البائع لو باع المبيع من المشترى بعد الاقالة قبل القبض جاز ولو باع من غيره لم يجز والتحالف حقهما بدليل أنهما لو تركاه واذا كان فسخا فى حق التحالف وجب ان لا يتحالفا لما ذكرنا ان التحالف عرفت شرعيته فى العقود لا فى الفسوخ ألا ترى أن الفسخ لو حصل بخيار الرؤية أو بخيار الشرط أو بالرد بالعيب بالقضاء بعد القبض والثمن منقود ثم اختلفا فى مقداره لم يتحالفا قيل له الاقالة بعد القبض فسخ فيما بينهما فيما كان من حقوق العقد الذى وقعت الاقالة عنه كما قلنا فى القبض فانه من حقوق البيع لانه وجب بالبيع لا تمامه والتحالف وان كان حقهما فليس من حقوق العقد الذى وقعت الاقالة عنه فيعتبر بيعا جديدا فى حقه كما فى حق الثالث ولا تعتبر فسخا كما فى الاجل فان من له على آخر دين مؤجل فاشترى به عبدا ثم تقايلا العقد لا يعود الاجل لانه ليس من حقوق العقد الذى وقعت الاقالة عنه بخلاف ما اذا كان الرد بخيار الشرط والرؤية لانه تعذر اعتباره بيعا فى حق الثالث لانتفاء الرضا وكذا اذا كان الرد بالعيب بقضاء (قوله معناه اذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته)

لانها تثبت الزيادة) وان كان الثانى فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيأ لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل (وان عجزا عنها تحالفا عند أبى حنيفة ولا يفسخ النكاح لان أثر التحالف فى انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يخل بصحته) لبقائه بلا ثمن وهو ليس بصحيح

(قال المصنف معناه اذا كان مهر مثلها أقل الخ) أقول قال أكمل الدين وان لم يكن أقل فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيأ لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى قال الامام التمرتاشى وقيل بينتها أولى لانها تثبت الزيادة انتهى ولا يخفى عليك أن اطلاق القدورى يلايم هذا القول فقول المصنف ومعناه محل كلام

يفسده على مامر فيفسخ (ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل مااعترف به الزوج أوأقل قضى بماقال الزوج) لان الظاهر شاهدله (وان كان مثل ماادعته المرأة أوأكثر قضى بماادعته المرأة وان كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل) لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة

يفسده) لبقائه بيعا بلاثمن وهو فاسد (على مامر) أى فى كتاب البيوع بل فى هذا الباب أيضا حيث قال أويقال اذالم يثبت البدل بقى بيعا بلابدل وهو فاسد (فيفسخ) أى البيع قال صاحب النهاية فان قلت النص بشرعية التحالف انما ورد فى البيع والنكاح ليس فى معناه وهو ظاهر فكيف تعدى حكم النص من البيع الى النكاح اونقول ان التحالف انما شرع فى عقد يحتمل الفسخ لما ان الفسخ من احكام التحالف ولافسخ فى النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب أن لايشرع فيه التحالف لعدم حكمه قلت أما الاول وهو وورود النص فى البيع فقلنا ان المعنى الموجب للتحالف هناك موجودههنا من كل وجه فيثبت التحالف فى النكاح أيضا بدلالة النص وذلك لان الموجب للتحالف هناك هوان كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر ولم يمكن ترجيح أحدهما على الآخر فى الدعوى والانكار لتساويهما فيهما فلذلك قوبلت بينتهما و يمينهما لان كل واحد منهما ينكر مايدعيه الآخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه تمسكا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر وأما الثانى وهو أن الفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت ههنا وجوابه مذكور فى الكتاب وايضاح ذلك هوان التحالف انما أوجب الفسخ فى التحالف لانه لما تعذر اثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم اخلاء العقد عن البدل والبدل اذا خلافى البيع يفسد البيع والفاسد يفسخ وأما النكاح اذا خلا العوض عنه فلا يفسد كما لولم يذكر التسمية واذالم يفسد النكاح لايفسخ اذ الفسخ انما كان بسبب الفساد فافترقا الى هذا أشار فى الفوائد الظهيرية انتهى وقد اقتفى أثره فى هذين السؤالين وهذين الجوابين صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول فى كل واحد من الجوابين بحث أما فى الاول فلان المعنى الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان ترجيح أحدهما على الآخر انما يوجد ههنا قبل تسليم المرأة بضعها الى الزوج وأما بعد التسليم فلا يوجد لان الزوج لايدعى على المرأة حينئذ شيئا اذ المعقود عليه سالم له بقى دعوى المرأة فى زيادة المهر والزوج ينكرها على قياس ما تقرر فى الاختلاف فى البيع بعد القبض والمسئلة فيما نحن فيه ليست بمفروضة قبل القبض بل هى عامة لما قبل القبض ومابعده بل كانت مصورة فى بعض الشروح بصورة تختص بما بعد القبض فبقى السؤال فى هذه الصورة الاعلى قول محمد فانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا كمامر وأما فى الثانى فلان حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ فى النكاح وهو لايدفع السؤال اذ ليس فيه مايشعر بالنزاع أو التردد فى عدم ثبوت الفسخ فى النكاح بل حاصله أن التحالف انما شرع لحكمه وهو الفسخ فاذالم يثبت الفسخ فى النكاح ينبغى أن لايجرى فيه التحالف أيضا ويؤيده أن التحالف لم يجر فيما اذا اختلفا فى الاقالة فى السلم لعدم احتمال الاقالة فى باب السلم الفسخ كمامر قبيل مسئلتنا هذه فتأمل (ولكن يحكم مهر المثل) هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح أى لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع (فان كان) أى مهر المثل (مثل مااعترف به الزوج أوأقل) أى مما اعترف به الزوج (قضى بماقال الزوج لان الظاهر) أى ظاهر الحال (شاهدله) أمافى صورة كون مهر المثل مثل مااعترف به الزوج فظاهر لموافقة قوله مهر المثل وأمافى صورة كون مهر المثل أقل مما اعترف به الزوج فلكون قوله أقرب الى مهر المثل من قولها (وان كان) أى مهر المثل (مثل ماادعته المرأة أوأكثر) أى مما ادعته المرأة (قضى بماادعت المرأة) لان الظاهر شاهد لها حينئذ لمثل مابيناه آنفا (وان كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمثل المهر لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة

(فينفسخ) البيع فان قيل التحالف مشروع فى البيع والنكاح ليس فى معناه سلمناه ولكن فائدته فسخ العقد والنكاح ههنا لاينفسخ أجيب بان موجبه فى البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان الترجيح وهو ههنا موجود فالحق به وانما لاينفسخ النكاح لماذكر فى الكتاب وتوضيحه أن الفسخ فى البيع انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا أصليا يصار اليه عند انعدام التسمية هذا على طريق تخصيص العلل والمجوز مخلص ومخلص غيره معلوم (قوله ولكن يحكم مهر المثل) استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح أى لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع (فان كان مثل مااعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهدله وان كان مثل ماادعته المرأة أوأكثر قضى بماقالت كذلك وان كان أكثر مما اعترف به وأقل مما ادعته قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة

أما اذا كان مهر مثلها ماادعته أوأكثر مما ادعته فبينة الزوج أولى لان بينة الزوج تثبت الحط وبينة المرأة لاتثبت شيأ لان ماادعته ثابت بشهادة مهر المثل (قوله ولكن يحكم مهر المثل) استدراك عن قوله ولا يفسخ

على

على مهر المثل ولا الحط عنه قال المصنف رحمه الله ذكر التحالف أولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخى لان مهر المثل لااعتبار له مع وجود التسمية) لانه موجب النكاح لاتسمية فيه (وسقوط اعتبارها) انما هو (بالتحالف فلهذا يقدم) التحالف (فى الوجوه كلها) يعنى فيما اذا كان مهر المثل مثل مااعترف به الزوج أوأقل منه أومثل ماادعته المرأة أوأكثر منه أو كان بينهما فهى خمسة وجوه وأما فى قول الرازى فلا تحالف الافى وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول قوله بيمينه اذا كان مهر المثل مثل مايقوله أوأقل وقولها

على مهر المثل ولا الحط عنه قال رحمه الله ذكر التحالف أولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخى رحمه الله لان مهر المثل لااعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف ولهذا يقدم فى الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند أبى حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول كما فى المشترى وتخريج الرازى بخلافه وقد استقصيناه فى النكاح وذكرنا خلاف أبى يوسف

على مهر المثل) أى بسبب حلف الزوج (ولا الحط عنه) أى بسبب حلف المرأة (قال) أى المصنف (ذكر) أى القدورى (التحالف أولا ثم التحكيم وهذا) أى ماذكره القدورى (قول الكرخى لان مهر المثل لااعتبار له مع وجود التسمية) لانه موجب نكاح لاتسمية فيه (وسقوط اعتبارها بالتحالف) أى وسقوط اعتبار التسمية انما هو بالتحالف (فلهذا يقدم) أى التحالف (فى الوجوه كلها) يعنى فيما اذا كان مهر المثل مثل مااعترف به الزوج أوأقل منه أو كان مثل ماادعته المرأة أوأكثر منه أو كان أكثر مما اعترف الزوج وأقل مما ادعته المرأة فهذه خمسة وجوه (ويبدأ بيمين الزوج عند أبى حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول) لان أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفتاوى الظهيرية (كما فى المشترى) أى كما يبدأ بيمين المشترى على القول الصحيح تعجيلا لفائدة النكول كمامر (وتخريج الرازى بخلافه) أى تخريج أبى بكر الرازى بخلاف قول الكرخى فان الرازى يقول بتحكيم مهر المثل أولا اذا شهد مهر المثل لاحدهما ثم يقول بالتحالف اذا لم يشهد ذلك لاحدهما قال المصنف (وقد استقصيناه) أى تخريج الرازى (فى النكاح) أى فى كتاب النكاح (وذكرنا خلاف أبى يوسف) النكاح (قوله ولهذا تقدم ان التحالف فى الوجوه كلها) أى فيما اذا كان مهر المثل مااعترف به الزوج أوأقل منه أومثل ماادعته المرأة أوأكثر منه أو كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة ففى هذه الوجوه الخمسة كلها يقدم التحالف عند أبى الحسن الكرخى رحمه الله لانهما اتفقا على أصل التسمية فكانت التسمية صحيحة فى أصلها والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا حلف تعذر العمل بالتسمية فصارت التسمية كان لم تكن فيحكم مهر المثل وهذا قول أبى الحسن الكرخى رحمه الله (قوله تعجيلا لفائدة النكول) لان أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه (قوله وتخريج الرازى بخلافه) فانه لايقول بالتحالف الافى وجه واحد وهو مااذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما بان يكون أكثر مما أقر به الزوج وأقل مما ادعته المرأة وأما اذا كان مهر المثل مثل مايقول الزوج أوأقل فالقول قوله مع يمينه وان كان مثل ماتقوله المرأة أوأكثر فالقول قولها مع يمينها وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ههنا ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهدله الظاهر ثم الاصل فى الدعاوى ان يكون القول قول من يشهدله الظاهر مع يمينه فان قيل يشكل على هذا المتبايعان فانهما اذا اختلفا فى الثمن وقيمة المبيع مثل مايدعيه أحدهما لايعتبر قوله وان كان الظاهر شاهداله قلنا القضاء هناك بمايدعيه أحدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لمايدعيه أحدهما لان القيمة لايمكن اثباتها بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته بمطلق العقد وهذا هو الفرق بينهما (قوله وذكرنا خلاف أبى يوسف رحمه الله) فعنده القول قول الزوج فى جميع ذلك قبل الطلاق وبعده ولا يحكم مهر المثل لان

مع يمينها اذا كان مثل ماادعته أوأكثر قال فى النهاية وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل فى الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر فى بعض الشروح قالوا ان قول الكرخى هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المصير الى مهر المثل وهى موجودة باتفاقهما وأقول ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام وان أرادوا أن غيره فاسد فالحق ماقاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه وأما لتحكيمه لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع ولقائل أن يقول مابالهم لايحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان فى الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما فى النكاح فانه لامحظور فيه ويمكن أن يجاب عنه بان مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكما

بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما (ويبدأ بيمين الزوج عند أبى حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول) فان أول التسليمين عليه (كما فى المشترى وتخريج الرازى بخلافه) وهو التحكيم أولا ثم التحليف (كذ كرناه وذكرنا خلاف أبى يوسف) وهو أن

(قال المصنف وسقوط اعتبارها بالتحالف) أقول لو سقط اعتبارها بالتحالف لكان الواجب فى الصور الخمس مهر المثل لظهور أن فى التحكيم اعتبار التسمية فليتامل وجوابه أن المراد أخذنا باقراره (قوله وذكر فى بعض الشروح) أقول يعنى غاية البيان (قوله وأقول ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز الخ) أقول فيه بحث (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان مهر المثل الخ) أقول فيه شئ ظاهر بل الفارق ان الواجب الاصلى

فلا نعيده (ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا أن قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها) لان تملكها لا يكون الا بالتراضى ولم يوجد فوجبت القيمة (وان اختلفا فى الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا)

وهو أن القول فى جميع ذلك قول الزوج الا أن يأتى بشئ قليل وفى رواية الا أن يأتى بشئ مستنكر وتكلموا فى تفسيره على مامر بيانه فى كتاب النكاح (فلا نعيده) أى لا نعيد ذكر خلافه ههنا قال صاحب النهاية وهذا أى قول الرازى هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ههنا ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل فى الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه كذا ذكره الامام قاضيخان والمحبوبى انتهى وقال صاحب غاية البيان قالوا ان قول الكرخى هو الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما تنعدم التسمية بالتحالف لانه حينئذ يكون كان العقد لم يكن فيه تسمية أصلا فيصار الى مهر المثل فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذى وافقه مهر المثل انتهى وقال صاحب العناية أقول ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام وان أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه وأما التحكيم معرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى وأنا أقول ان قوله ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام ليس بصحيح اذ لا مجال لارادة هذا المعنى من ذلك اللفظ لانهم ما قالوا هو صحيح حتى لا ينافى كون غيره أصح بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند اليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى فاذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز أن يتصف غيره بالاصحية والاتصاف بالاصحية يستلزم الاتصاف باصل الصحة لانها زيادة الصحة اللهم الا أن يكون مراده لا كلام فى المراد لا فى الارادة فتأمل ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان فى الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما فى النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن أن يجاب عنه بان مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما انتهى وأقول فى جوابه تحكم حيث جعل مهر المثل أمرا معلوما ثابتا بيقين والقيمة أمرا مظنونا غير مفيد للمعرفة والحال أنهما ان كانا متفاوتين فى المعرفة فمهر المثل أخفى من القيمة اذ قد تقرر فى باب المهر أن مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قوم أبيها ويعتبر فيه التساوى بين المرأتين سنا وجمالا ومالا وعقلا ودينا وبلدا وعصرا وبكارة وثيابة ولا يخفى أن معرفة هذه الشرائط عسر جدا بخلاف القيمة اذ يكفى فيها نوع خبرة باحوال الامتعة كما لا يخفى فالصواب فى الجواب ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا قلنا القضاء هنالك بما يدعيه أحدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه أحدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها ثمنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته مهرا بمطلق العقد وهذا هو الفرق بينهما انتهى وقال صاحب النهاية الى هذا أشار فى الفوائد الظهيرية (ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة) يعنى أنه يحكم مهر المثل أولا فمن شهد له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان واليه مال الامام فخر الاسلام وهو تخريج الرازى وأما على تخريج الكرخى فيتحالفان أولا كما تقدم كذا فى العناية (الا أن قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها) أى للمرأة (قيمتها) أى قيمة الجارية (دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضى ولم يوجد) أى التراضى (فوجبت القيمة) أى قيمة الجارية (وان اختلفا فى الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا) هذا لفظ القدورى فى مختصره

القول فى جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده الا أن يأتى بشئ مستنكر يعنى فى باب المهر (فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة) يعنى انه يحكم مهر المثل أولا فمن شهد له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان واليه مال فخر الاسلام وهو تخريج الرازى وأما على تخريج الكرخى فيتحالفان أولا كما تقدم الا أن قيمة الجارية اذا كانت مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضى ولم يوجد فوجبت القيمة قال (وان اختلفا فى الاجارة الخ) اذا اختلفا فى الاجارة فى البدل أى الاجرة أو المبدل فاما أن يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه أو بعد ذلك أو بعد استيفاء بعضه

فى باب النكاح هو مهر المثل بخلاف البيع فان الاصل فيه هو الثمن المسمى (قوله فى باب المهر) أقول متعلق بما سبق من قوله كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبى يوسف

المرأة تدعى الزيادة والزوج ينكر فكان القول قول المنكر كما فى سائر الدعاوى وانما عرفنا التحالف منهما فى البيع وفى مبادلة المال بالمال نصا بخلاف القياس فلا يتعدى الى غيره فكان القول قول الزوج مع يمينه الا أن يأتى بشئ قليل يسير مستنكر جدا وفى تفسير ذلك روايتان عن أبى يوسف على مامر فى النكاح

معناه

فمن أقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة وان أقاماها فان كان الاختلاف فى الاجرة فبينة المؤجر أولى لانها تثبت الزيادة وان كان فى المنفعة فبينة المستأجر كذلك وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل أن يدعى هذا شهرا بعشرة وذاك شهرين بعشرة فيقضى بشهرين بعشرين وان عجزا تحالفا وترادا فى الاول لان التحالف فى البيع قبل القبض على وفاق القياس

معناه اختلفا فى البدل أو فى المبدل لان التحالف فى البيع قبل القبض على وفاق القياس على مامر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة (فان وقع الاختلاف فى الاجرة يبدأ بيمين المستأجر) لانه منكر لوجوب الاجرة

قال المصنف (معناه اختلفا فى البدل) أى الاجرة (أو فى المبدل) أى المعقود عليه وهو المنفعة وهذا احتراز عن اختلافهما فى الاجل فانه لا يجرى التحالف بينهما فيه بل القول فيه قول من ينكر الزيادة كذا فى النهاية ومعراج الدراية ثم ان الظاهر كان أن يزيد المصنف على قوله فى البدل أو المبدل أو فيهما كما زاده صاحب الكافى ليتناول الصور الثلاثة الآتية فكأنه أراد بقوله فى البدل أو المبدل منع الخلو احترازا عما ذكرناه آنفا لا منع الجمع فيتناولهما أيضا فتدبر (لان التحالف فى البيع قبل القبض على وفاق القياس) من حيث ان كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من أنكر (على مامر) أى فى أول هذا الباب (والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع) من حيث ان كل واحد منهما عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع (وكلامنا قبل استيفاء المنفعة) لان وضع مسئلتنا فى الاختلاف فى الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه فصار الاختلاف فى الاجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف فى البيع قبل قبض المبيع فجرى التحالف ههنا كما جرى ثمة فان قيل قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجرى فيها التحالف قلنا فى معدوم يجرى التحالف كما فى السلم وان العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة فى حق ايراد العقد عليها فصارت كانها قائمة كذا ذكره الامام الزيلعى فى التبيين (فان وقع الاختلاف فى الاجرة يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة) أى لوجوب زيادة الاجرة على حذف المضاف قال صاحب العناية أخذا من شرح تاج الشريعة فان قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب أولا على الآجر ثم وجبت الاجرة على المستأجر بعده أجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقى انكار المستأجر لزيادة الاجرة فيحلف انتهى وقد اقتفى أثره الشارح العينى أقول فى الجواب بحث من وجوه الاول أن المؤجر وان لم يمتنع من تسليم العين المستأجرة بادعاء من الاجرة ولكن يمتنع من تسليمها بما اعترف به المستأجر منها فان تسليمه اياها وان لم يتوقف على قبض الاجرة الا أنه يتوقف على تعينها والا لم يكن المؤجر منكرا لوجوب تسليم المعقود عليه بما عينه المستأجر فيلزم أن لا تكون الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وهذا خلف والثانى أن ما ذكره ههنا منقوض بما اذا اختلف المتبايعان فى المبيع دون الثمن فان المشترى هنالك أيضا لا يمتنع من تسليم الثمن بناء على أن تسليمه لا يتوقف على قبض المبيع مع أنه يبدأ فيه بيمين المشترى كما يبدأ بيمينه فى صورة الاختلاف فى الثمن ويعلل بتعجيل فائدة النكول والثالث ان قوله فبقى انكار المستأجر لزيادة الاجرة فيحلف ان أراد به أنه لا انكار للمؤجر أصلا كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح اذ يلزم حينئذ أن لا يحلف المؤجر أصلا فيختل وضع المسئلة لان وضعها فى التحالف لا فى حلف الواحد وان أراد به أن للمؤجر أيضا انكارا الا أن فى انكار المستأجر ما يقتضى البداءة بيمينه فهو أول المسئلة ولم يظهر بعد ثم ان تاج الشريعة أجاب بعد الجواب المذكور بوجه آخر

(قوله معناه اختلفا فى البدل) أى فى الاجرة أو فى المبدل أى فى المعقود عليه وهو المنافع بان ادعى المؤجر أنه آجره شهرا وادعى المستأجر انه استأجره شهرين (قوله على مامر) اشارة الى ما قال فى أول هذا الباب لان

كما مر والاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع فى كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف فى الاجرة بدئ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الزيادة فان قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب أولا على الآجر ثم وجبت الاجرة على المستأجر بعده أجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقى انكار المستأجر لزيادة الاجرة فيحلف وان وقع الاختلاف فى المنفعة بدئ بيمين الآجر لذلك وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا فى الثانى والقول قول المستأجر

(قوله هذا شهرا بعشرين وذلك الخ) أقول قوله هذا اشارة الى المؤجر وذلك اشارة الى المستأجر (قوله يقبل الفسخ) أقول والاجارة بعد الاستيفاء لا تقبل الفسخ (قوله واجب أولا على الآجر) أقول فهو أسبق انكارا (قوله فيبدأ به) أقول مع تعجيل فائدة النكول أيضا قوله لان تسليمه لا يتوقف الخ) أقول لكن يتوقف على تعيينها فيمتنع قبله كيف ولو صح ما ذكره لم يكن المؤجر فى معنى البائع اذ لا ينكر حينئذ وجوب تسليم المعقود عليه بما عين من الاجرة فلا يستقيم القياس هذا خلف

(وان وقع فى المنفعة يبدأ بيمين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام البينة قبلت ولو أقاماها فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف فى الاجرة وان كان فى المنافع فبينة المستأجر أولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل) نحو أن يدعى هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال (وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على أصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده فى المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه (وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقى وكان القول فى الماضى قول المستأجر)

حيث قال ولان الاجارة اعتبرت بالبيع ومن شرط القياس أن لا يغير حكم النص فى الفرع بل يعدى حكم الاصل بعينه وذلك فيما قلنا انتهى أقول وفيه أيضا بحث لان هذا منقوض بالصورة الثانية الآتية وهى ما اذا وقع الاختلاف فى المنفعة فانه يبدأ فيها بيمين المؤجر فيلزم بما ذكر أن يغير فيها حكم النص وأن لا يعدى حكم الاصل بعينه فان حكمه أن يبدأ بيمين المشترى من غير فصل بين أن يقع الاختلاف فى البدل وأن يقع فى المبدل على ما مر ثم ان التحقيق أن حكم النص مجرد ثبوت التحالف للمتعاقدين عند اختلافهما فى العقد من غير تعيين من يبدأ بيمينه منهما وانما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغيير النص فى شئ من الصورتين ولا يتم الجواب (وان وقع) أى الاختلاف (فى المنفعة بدئ بيمين المؤجر) لانه منكر لزيادة المنفعة (وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه) لان نكوله بذل أو اقرار على ما مر (وأيهما أقام البينة قبلت) لانه نور دعواه بالحجة (ولو أقاماها) أى البينة (فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف فى الاجرة) لان بينته تثبت الزيادة حينئذ (وان كان) أى الاختلاف (فى المنافع فبينة المستأجر) أى فبينة المستأجر أولى لانها تثبت الزيادة حينئذ (وان كان فيهما) أى وان كان الاختلاف فى الاجرة والمنافع معا (قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعى هذا) أى المؤجر (شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة) لا يقال كان الاحسن أن يقدم ذكر أحوال اقامة البينة على ذكر أحوال اليمين والنكول لان المصير الى اليمين بعد العجز عن اقامة البينة والنكول فرع تكليف اليمين وقد عكس المصنف الامر لانا نقول العمدة فى هذا الباب بيان أمر التحالف وباقى الاقسام استطرادى فقدم الاهم فى هذا المقام فكان صاحب العناية لم يتنبه لهذه النكتة حيث غير أسلوب المصنف فقدم ذكر أحوال اقامة البينة (قال) أى القدورى فى مختصره (وان اختلفا بعد الاستيفاء) أى بعد استيفاء المعقود عليه بتمامه (لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر (وهذا) أى عدم التحالف ههنا (عند أبى حنيفة وأبى يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما) وقد هلك المعقود عليه ههنا بعد الاستيفاء لانه المنفعة وهى عرض والعرض لا يبقى زمانين (وكذا على أصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده فى المبيع لما أن له) أى للمبيع (قيمة تقوم مقامه) لان العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقامها (فيتحالفان عليها) أى فيتحالف المتعاقدان عنده على القيمة (ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد) بناء على أن فائدة التحالف هى الفسخ (فلا قيمة) أى للمعقود عليه (لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد) أى بل تتقوم بالعقد (وتبين أنه لا عقد) أى وتبين بحلفهما أنه لا عقد بينهما لانفساخه من الاصل فظهر حينئذ أنه لا قيمة للمنفعة واذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا الذى يقوم مقامه فامتنع التحالف (واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه) أى هو الذى استحق عليه ومتى وقع الاختلاف فى الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه كذا فى الكافى (وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقى وكان القول فى الماضى قول المستأجر) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال

البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكر الى آخره (قوله وتبين انه لا عقد) فحينئذ ظهر انه لا قيمة للمنفعة واذا

وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على أصلهما وكذا على أصل محمد لان فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضى وجود المعقود عليه أو ما قام مقامه من القيمة وليس شئ منهما بموجود فى الاجارة أما المعقود عليه وهو المنفعة فلانه عرض لا يبقى زمانين وأما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفهما أن لا عقد بينهما لانفساخه من أصل العقد فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وفى الثالث

(قال المصنف لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على أصل محمد) أقول لم يستدل على عدم جريان التحالف بعد الاستيفاء بكونه على خلاف

لان

يتحالفان وتنفسخ العقد فيما بقى لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير فى كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها فكان الاختلاف بالنسبة الى مابقى قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف وأما الماضى فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق بخلاف المبيع لان العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر فى البعض تعذر فى الكل قال (واذا اختلف المولى والمكاتب فى مال الكتابة الخ) اذا اختلف المولى والمكاتب فى مال الكتابة لم يتحالفا عند أبى حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعى لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع بينهما أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعى استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذى يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذى اختلف العاقدان فيه فى الثمن فيتحالفان ولابى حنيفة أن الكتابة عقد معاوضة يجب به البدل على العبد فى مقابلة فك الحجر فى حق اليد والتصرف فى الحال وهو سالم العبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء وهذا لان البدل لابد له من مبدل وليس فى العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا للرقبة فى الحال لعتق عند تمام العقد كما فى البيع فان المشترى يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين أن يكون فى الحال مقابلا لليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقى اختلافا فى قدر البدل لا غير لان العبد لا يدعى شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر

لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير فى كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر فى البعض تعذر فى الكل قال (واذا اختلف المولى والمكاتب فى مال الكتابة لم يتحالفا عند أبى حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة) وهو قول الشافعى لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعى استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذى يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا فى الثمن ولابى حنيفة أن البدل مقابل بفك الحجر فى حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد انما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقى اختلافا فى قدر البدل لا غير فلا يتحالفان

المصنف فى تعليله (لان العقد) أى عقد الاجارة (ينعقد ساعة فساعة) على حسب حدوث المنفعة (فيصير) أى العقد (فى كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها) أى على كل جزء من المنفعة فصار ما بقى من المنافع كالمنفرد بالعقد فكان الاختلاف بالنسبة اليه قبل استيفاء المعقود عليه وفيه التحالف وأما الماضى فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق كما مر آنفا (بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر فى البعض تعذر فى الكل) ضرورة (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا اختلف المولى والمكاتب فى مال الكتابة لم يتحالفا عند أبى حنيفة) والقول للعبد مع يمينه كذا فى الكافى وغيره (وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعى لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعى استحقاق العتق عليه) أى على المولى (عند أداء القدر الذى يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا) أى المتبايعان (فى الثمن ولابى حنيفة أن البدل) أى بدل الكتابة (مقابل بفك الحجر) لان الكتابة عقد معاوضة وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب أن يثبت للعبد أيضا شئ وما ذاك الا فك الحجر (فى حق اليد والتصرف للحال) اللام فى للحال متعلق بمقابل أى مقابل للحال (وهو) أى فك الحجر فى حق اليد والتصرف (سالم للعبد) لاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة (وانما ينقلب) أى البدل (مقابلا بالعتق عند الاداء) أى عند أداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه (فقبله) أى قبل الاداء (لا مقابلة) أى لا مقابلة بالعتق والا لعتق قبل الاداء وليس كذلك قطعا وكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار فى ابتداء العقد فى الاجارة أصلا ثم ينتقل انها الى المنفعة وهى المطلوبة آخرا فكذا فى الكتابة جعلنا الفك فى حق اليد والتصرف أصلا فى ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق أصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق كذا فى النهاية والكفاية (فبقى اختلافا فى قدر البدل لا غير) يعنى اذا كان ما يقابل البدل فى الحال سالما للعبد فقد بقى أمرهما اختلافا فى قدر البدل لا غير (فلا يتحالفان) لان العبد لا يدعى شيأ على المولى بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان أقام أحدهما بينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان أقاما البينة كانت بينة المولى أولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لانه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على ألف درهم على أنه ان أدى خمسمائة يعتق ولا يمتنع أن يكون عليه بدل

كان كذلك كان المبيع غير قائم الذى يقوم مقامه فامتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وانه أنفع للاجير ولانه لو تحالفا ههنا انتفى العقد بالتحالف فلا يمكن ايجاب شئ للاجير (قوله وهو سالم للعبد) أى البدل مقابل بفك الحجر فى حق اليد والتصرف للحال هو سالم للعبد لاتفاق المولى والمكاتب على

القياس بعد القبض كما سبق مع انه المناسب لتعليل المسئلة السابقة اذ لا يتم مذهب محمد فانه يرى النص معلولا بعد القبض على ما مر تطبيقا ولو

قال (واذا اختلف الزوجان فى متاع البيت الخ) اذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل لان الظاهر شاهد له ومايصلح للنساء كالوقاية وهى المعجرة وهى ماتشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة سميت بذلك لانها تقى الخمار وكالملحفة فهى للمرأة مع اليمين لشهادة الظاهر لها قال الامام التمرتاشى الا اذا كان الرجل صائغا وله أساور وخواتيم النساء والحلى والخلخال وأمثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال (وما يصلح لهما كالآنية) والذهب والفضة والامتعة والعقار (فهو للرجل لان المرأة ومافى يدها فى يد الزوج والقول فى الدعاوى لصاحب اليد بخلاف مايختص بها لانه يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر أقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ماهو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال وماهو صالح للنساء فهو مستعمل للنساء فاذا وقع الاشتباه يرجح بالاستعمال وينـدفع بهذا مااذا اختلف العطار والاسكاف فى آلات الاساكفة والعطارين وهى فى أيديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يرجح بالاختصاص لان المراد به ماهو بالاستعمال لا بالشبه ولم نشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات فى أيديهما على السواء فجعلناها بينهما

قال (واذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة) لان الظاهر شاهد له (ومايصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية) لشهادة الظاهر لها (ومايصلح لهما كالآنية فهو للرجل) لان المرأة ومافى يدها فى يد الزوج والقول فى الدعاوى لصاحب اليد بخلاف مايختص بها لانه يعارضه ظاهر أقوى منه

الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه وكما استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل كذا ذكره الامام الزيلعى فى التبيين (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل) أى مع اليمين وكذا فى جانب المرأة كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام قاضيخان والامام التمرتاشى (كالعمامة) والقلنسوة والقباء والكتب والقوس والدرع والمنطقة ونحوها (لان الظاهر شاهد له) وفى الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر (ومايصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية) والدرع والخمار والملحفة والملاءة ونحوها (لشهادة الظاهر لها) قال الامام التمرتاشى الا اذا كان الرجل صائغا وله أساور وخواتيم النساء والحلى والخلخال وامثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال كذا فى الشروح (ومايصلح لهما كالآنية) والذهب والفضة والامتعة والعقار ونحوها (فهو للرجل لان المرأة ومافى يدها فى يد الزوج) لانه قوام عليها والسكنى تضاف اليه (والقول فى الدعاوى لصاحب اليد) ألا يرى أنه لو تنازع اثنان فى شئ وهو فى يد أحدهما كان القول قوله كذا هنا (بخلاف مايختص بها) أى بالنساء (لانه يعارضه) أى يعارض ظاهر الزوج باليد (ظاهر أقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا فى ثوب أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس أولى كذا فى الكافى وغيره قال صاحب العناية ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف فى آلات الاساكفة والعطارين وهى فى أيديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يرجح بالاختصاص لان

ثبوت الكتابة فلا يدعى على المولى شيئا فلا يكون المولى منكرا وانما ينقلب البدل مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا يكون مقابلا فلا يتحالفان لانه لا يكون بلا انكار فكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار فى ابتداء العقد فى الاجارة أصلا ثم ينتقل منها الى المنفعة فكذا فى الكتابة جعلنا الفك فى حق اليد والتصرف اصلا فى ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق أصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق وان أقاما البينة فالبينة بينة المولى لانه يثبت الزيادة ببينته الا انه اذا ادعى مقدار ما أقام البينة عليه يعتق لانه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا المقدار فوجب قبول بينته على ذلك بمنزلة ما لو كاتبه على ألف درهم على انه متى أدى خمسمائة عتق هذا لانه لا يبعد أن يكون عليه بدل الكتابة بعد عتقه كما لو أدى بدل الكتابة بمال مستحق يعتق و بدل الكتابة عليه بحاله (قوله فما يصلح للرجال كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب فهو للرجل) أى القول فيها قول الزوج مع اليمين الا اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال ومايصلح للنساء كالخمار والدرع والملحفة والحلى فهو للمرأة أى القول قولها فيها بشهادة الظاهر الا اذا كان الرجل صائغا أو يبيع ثياب النساء ومايصلح لهما كالفراش والامتعة والاوانى والرقيق والمنزل والعقار والمواشى والنقود فالقول للزوج فيه أيضا لان المرأة ومافى يدها فى يد الزوج فكان الاموال كلها فى يد الزوج (قوله لانه يعارضه ظاهر أقوى منه) وهو يد الاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا فى ثوب أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس أولى

(قوله سميت بذلك لانها تقى الخمار الخ) أقول يعنى انما سميت بالوقاية لانها تقى الخمار (قوله الا اذا كان الرجل صائغا الخ) أقول قال الزيلعى الا ... ولا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين انتهى بل يكون القول قوله مع يمينه ثم قال الزيلعى وكذا اذا كانت المرأة تبيع مايصلح للرجال لا يكون القول قوله فى ذلك انتهى بل يكون القول قولها مع يمينها (قوله لان المراد به ماهو بالاستعمال الخ) أقول فيه تأمل فانا لم نشاهد الاستعمال فى متاع البيت أيضا بل استدللنا على الاستعمال بالصلاحية مع أن المرأة ومافى يدها فى يد الزوج

نصفين (ولا فرق بين مااذا كان الاختلاف فى حال قيام النكاح أو بعد الفرقة فان مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقى منهما) أيهما كان (لان اليد للحى دون الميت وهذا الذى ذكرناه) يعنى من حيث الجملة لا التفصيل (قول أبى حنيفة) لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون مايصلح للرجال فهو للرجل ومايصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا قوله (وقال أبو يوسف يدفع الى المرأة مايجهز به مثلها) معناه مما يصلح لها (والباقى للزوج مع يمينه لان الظاهر أن المرأة تأتى بالجهاز وهذا) ظاهر (أقوى) لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج وأما فى الباقى فلا معارض لظاهره فكان معتبرا (والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة ومايصلح لهما فهو للرجل ان كان حيا أو لورثته) ان كان ميتا (لما قلنا لابى حنيفة) من الدليل وهو أن المرأة ومافى يدها فى يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحياة وأما بالنسبة الى الممات فقوله (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث

ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف فى حال قيام النكاح أو بعد ماوقعت الفرقة (فان مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقى منهما) لان اليد للحى دون الميت وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف يدفع الى المرأة مايجهز به مثلها والباقى للزوج مع يمينه لان الظاهر أن المرأة تأتى بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم فى الباقى لامعارض لظاهره فيعتبر (والطلاق والموت سواء) لقيام الورثة مقام مورثهم (وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته) لما قلنا لابى حنيفة (والطلاق والموت سواء) لقيام الوارث مقام المورث

المراد به ماهو بالاستعمال ولم نشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات فى أيديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى أقول فيه كلام وهو أن مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج والمرأة مشاهدا فيما نحن فيه مع أن الظاهر مما ذكر فى هذا الكتاب وفى سائر المعتبرات أن مجرد الصلاحية لاحدهما كاف فى الترجيح وان لم نشاهد استعماله (ولا فرق بين مااذا كان الاختلاف فى حال قيام النكاح أو بعد ماوقعت الفرقة) أى لا فرق بينهما فيما مر من الجواب ثم ان ماذكر حكم الاختلاف قبل موت أحدهما (فان مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقى منهما) أيهما كان (لان اليد للحى دون الميت) أى لا يد للميت (وهذا الذى ذكرناه) يعنى من حيث الجملة لا من حيث التفصيل (قول أبى حنيفة) لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون مايصلح للرجال فهو للرجل ومايصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك كذا فى العناية (وقال أبو يوسف يدفع الى المرأة مايجهز به مثلها وهذا الذى ذكره أبو يوسف فى المشكل وأما فيما يختص به كل واحد من الزوجين فقوله كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها هكذا ذكر فى المبسوط وشروح الجامع الصغير وفى لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول أبى يوسف هذا فيما ذكر قولهما فى حق المشكل وكان من حقه أن يقول ومايصلح لهما كالآنية فهو للرجل وقال أبو يوسف يدفع للمرأة مايجهز به مثلها كذا فى النهاية ومعراج الدراية (والباقى) أى من المشكل للزوج مع يمينه لان الظاهر أن المرأة تأتى بالجهاز) تعليل لقوله يدفع الى المرأة مايجهز به مثلها (وهذا أقوى) أى هذا الظاهر وهو أن المرأة تأتى بالجهاز ظاهر قوى لجريان العادة بذلك (فيبطل به ظاهر يد الزوج) وهو يده (ثم فى الباقى لامعارض لظاهره) أى لظاهر الزوج (فيعتبر) وقوله ثم فى الباقى الى هنا تعليل لقوله والباقى للزوج مع يمينه (والطلاق والموت سواء) أى عند أبى يوسف (لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل) أى ان كان حيا (أو لورثته) ان كان ميتا (لما قلنا لابى حنيفة) من الدليل وهو أن المرأة ومافى يدها فى يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحياة وأما بالنسبة الى الممات فقوله (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث) وذكر فى الفوائد محمد يقول ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لانهم خلفاؤه فى ماله

(قوله وقال أبو يوسف رحمه الله يدفع الى المرأة مايجهز به مثلها) أى من المشكل (قوله ثم فى الباقى) أى فيما يصلح للرجل وفيما وراء مايجهز به مثلها لامعارض لظاهر الزوج فيعتبر لقوة يده على يدها لانه قوام عليها والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رحمه الله ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة ومايكون لهما فهو للرجل أو لورثته لما قلنا لابى حنيفة رحمه الله وهو قوله لان المرأة ومافى يد الزوج الى آخره والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث فالحاصل انه لا خلاف فيما يصلح للرجال أنه للرجل فى الطلاق ولوارثه بعد موته وكذا مايصلح لها وانما فيما يصلح لهما الاختلاف بين أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله انه للزوج فى الطلاق وبعد موت الزوج عند أبى حنيفة رحمه الله للمرأة وعند محمد رحمه الله لوارث الزوج وعند أبى يوسف رحمه الله من المشكل مايجهز به مثلها للمرأة والباقى للزوج فى حياته وبعد وفاته لوارثه وكذا بعد وفاتها مايجهز به مثلها من المشكل لوارثها وفى هذه المسئلة سبعة أقوال أما أقوال علمائنا

وهنا الآلات فى أيديهما على السواء ثم اعلم أن الضمير فى به فى قوله لان المراد به راجع الى الاختصاص فى قوله ولم يرجح بالاختصاص

وان كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر فى حال الحياة لان الحر أقوى) لكون اليد يد نفسه من وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى أولى ولهذا قلنا فى الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك (وللحى) منهما (بعد الممات) حرا كان أو مملوكا هكذا وقع فى عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال

(وان كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر فى حالة الحياة) لان يد الحر أقوى وللحى بعد الممات) لانه لا يد للميت فخلت يد الحى عن المعارض (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب بمنزلة الحر) لان لهما يدا معتبرة فى الخصومات *(فصل فيمن لا يكون خصما)*

فكما أن فى المشكل القول قوله فى حياته فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته وأبو حنيفة يقول يد الباقى منهما الى المتاع أسبق لان الوارث انما يثبت يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظرا الى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد لان يد الباقى منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فهذا نوع من الترجيح فكان المشكل للباقى منهما كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وان كان أحدهما) أى أحد الزوجين (مملوكا) أى سواء كان محجورا أو مأذونا له أو مكاتبا (فالمتاع للحر فى حالة الحياة لان يد الحر أقوى) لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى أولى ولهذا قلنا فى الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك كذا فى العناية (وللحى بعد الممات) أى والمتاع للحى بعد الممات حرا كان الميت أو مملوكا هكذا وقع فى عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع فى بعض النسخ للحى منهما وهو سهو كذا فى الشروح واختار المصنف مختار العامة واستدل عليه بقوله (لانه لا يد للميت فخلت يد الحى عن المعارض) فكان المتاع له (وهذا) أى ماذكر من جواب المسئلة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب (عند أبى حنيفة وقالا العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة فى الخصومات) ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب فى شئ هو فى أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما فى اليد ولو كان فى يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية فى سائر الخصومات فكذا فى متاع البيت والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر فى السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما كذا فى العناية

(فصل فيمن لا يكون خصما) لما ذكر أحكام من يكون خصما شرع فى بيان من لا يكون خصما للمناسبة

الثلاثة فاذكر وقال ابن أبى ليلى ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا وعلى قول ابن شبرمة المتاع كله للرجال الا ما على المرأة من ثيابها وقال زفر رحمه الله المتاع كله نصفان بينهما اذا لم تقم لواحد منهما بينة وهو قول مالك واحد قولى الشافعى رحمه الله وفى قول آخر المشكل بينهما نصفان وعلى قول الحسن البصرى رحمه الله ان كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها الا ما على الزوج من ثياب بدنه وان كان البيت بيت الزوج فالمتاع له (قوله وان كان أحدهما مملوكا) أى سواء كان محجورا أو مأذونا فالمتاع للحر فى حال الحياة عند أبى حنيفة رحمه الله لان يد الحر أقوى لانها يد ملك ويد المملوك ليست بيد ملك وللحى بعد الممات حرا كان أو عبدا لانه لا يد للميت فيثبت يد الحى بلا معارض هكذا وقع فى عامة نسخ الجامع الصغير وذكر شمس الائمة رحمه الله فى جامعه الصغير ووقع فى بعض النسخ للحى منهما وهو سهو وفى رواية محمد رحمه الله والزعفرانى للحر منهما بالراء وقالا المكاتب والمأذون كالحر لان لهما يدا معتبرة فى الخصومات حتى لو اختصم الحر والمكاتب فى شئ هل هو فى أيديهما يقضى به بينهما لاستوائهما بخلاف ما لو كان محجورا فانه يقضى به للحر لانه لا يد له وفى المحجور جوابهما كجواب أبى حنيفة رحمه الله فى مطلق المملوك والله أعلم

(فصل فيمن لا يكون خصما)

شمس الائمة وقع فى بعض النسخ للحى منهما وهو سهو والمصنف اختار اختيار العامة واستدل بقوله (لانه لا يد للميت فخلت يد الحى عن المعارض وهذا عند أبى حنيفة وقالا العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة فى الخصومات) ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب فى شئ فى أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما فى اليد ولو كان فى يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية فى سائر الخصومات فكذلك فى متاع البيت والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر فى السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما

(فصل فيمن لا يكون خصما) أخر ذكر من لا يكون خصما عمن يكون خصما لان معرفة الملكات قبل معرفة الاعدام فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا قلت نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلى

وان

(قوله فلا تعارض بينهما) أقول ينبغى أن يخص بالمشكل والا ينتقض بما لا يصلح للمرأة *(فصل فيمن لا يكون خصما)* (قوله لا من حيث القصد الاصلى) أقول كما يشهد العنوان

قال (وان قال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه الخ) اذا ادعى عينا فى يد رجل أنها ملكه فقال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه أو آجرنيه أو أعارنيه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى وقال ابن شبرمة لا تندفع وان أقامها وقال ابن أبى ليلى تندفع بمجرد الاقرار وقال أبو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محتالا فكما قال ابن شبرمة ثم اذا شهد الشهود فاما أن يقولوا أودعه فلان نعرفه باسمه ونسبه أو رجل مجهول لا نعرفه أو رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففى الفصل الاول تقبل شهادتهم وفى الثانى لا تقبل بالاتفاق والثالث كالثانى عند محمد وكالاول عند أبى حنيفة وهذه خمسة أقوال فلهذا لقبت المسئلة بمخمسة كتاب الدعوى وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفا ووجه ظاهر الرواية وهو المذكور أولا أن المدعى عليه أثبت ببينة أن يده ليست يد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم ووجه قول ابن شبرمة أنه أثبت ببينة الملك للغائب واثبات

وان قال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى) وكذا اذا قال آجرنيه وأقام البينة لانه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيآن ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى وهو خصم فيه فيثبت

المضادة بينهما وقدم الاول لكون ذكره العمدة فى المقام لان الكتاب كتاب الدعوى وهى عبارة عن الخصومة وأما ذكر الثانى فليتضح به الاول اذ الاشياء تتبين باضدادها فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا قلنا نعم لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلى (وان قال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى) هذا لفظ القدورى يعنى اذا ادعى رجل عينا فى يد رجل أنه ملكه فقال المدعى عليه الذى هو ذو اليد هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى قال المصنف (وكذا اذا قال آجرنيه وأقام البينة) أى اذا قال المدعى عليه آجرنيه فلان الغائب وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى أيضا وقال فى النهاية وكذا اذا قال المدعى عليه انه عارية عندى أو ما أشبه ذلك كذا فى الذخيرة انتهى (لانه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة) تعليل لمجموع المسائل المذكورة يعنى أن المدعى عليه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم قال الامام الزيلعى فى التبيين بعد ذكر هذا الدليل فصار كما اذا أقر المدعى بذلك أو أثبت ذو اليد اقراره به ثم قال والشرط اثبات هذه الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع انتهى (وقال ابن شبرمة لا تندفع) أى الخصومة وان أقام البينة على ما قال (لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه) أى عن الغائب لان الغائب لم يوكله باثبات الملك له يعنى أن ذا اليد أثبت ببينته الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم عنه متعذر اذ لا ولاية لاحد فى ادخال الشئ فى ملك غيره بلا رضاه (ودفع الخصومة بناء عليه) أى على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر (قلنا) أى فى الجواب عما قاله ابن شبرمة (مقتضى البينة شيآن) أحدهما (ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت و) ثانيهما (دفع خصومة المدعى وهو) أى المدعى عليه (خصم فيه فيثبت) أى فيثبت دفع الخصومة فى حقه وبناء الثانى على الاول ممنوع لانفكاكه عنه وقد أشار اليه بقوله

(قوله أودعنيه) وكذا اذا قال أعارنى أو وكلنى بحفظها أو آجرنى وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة لانه تعذر

الملك للغائب بدون خصم متعذر اذ ليس لاحد ولاية ادخال شئ فى ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب أن مقتضى هذه البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه وبناء الثانى على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة الى زوجها اذا أقامت البينة على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب

(قوله وقال ابن شبرمة الى قوله وقال ابن أبى ليلى) أقول فى القاموس الشبرمة بالضم السنوبرة وما انتثر من الحبل والغزل انتهى قال العلامة الاتقانى ابن أبى ليلى وابن شبرمة من فقهاء التابعين بالكوفة ولد عبد الله بن شبرمة سنة اثنتين وسبعين من الهجرة ومات سنة أربع وأربعين ومائة محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى قاضى الكوفة ولد سنة أربع وسبعين ومات سنة ثمان وأربعين ومائة كذا فى كتاب طبقات الفقهاء انتهى (قوله وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة الخ) أقول يعنى الايداع والرهن والغصب والاجارة والاعارة (قوله ووجه ظاهر الرواية الخ) أقول فيه أنه لم يتبين مما ذكر رواية غير ظاهرة عن أصحابنا نعم ما ذكر عن أبى يوسف خلاف ظاهر الرواية عنه نبه عليه فى النهاية وغيره فكان الاليق بهذا الشارح أن ينبه أيضا (قوله وبناء الثانى على الاول ممنوع الخ) أقول فيما اذا كان المدعى وقفا على أحد الفريقين أو مشتريا بالخيار ولا خيار للبائع فاقام ذو اليد البينة على أن المتولى أو المشترى أودعه (قوله كالوكيل بنقل المرأة الخ) أقول فى صلاح السند للسندية كلام لا يخفى لعدم ممانعته للمقدمة الممنوعة وجوابه أنه تنظير لا تمثيل للانفكاك الظاهر فليتأمل

كما مر ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغائب انما مقصوده اثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون
ذلك ضمنيا ولا معتبر به ووجه قول ابن أبي ليلى أن ذا اليد أقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق لنفسه فتبين أن

وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره

(وهو كالوكيل بنقل المرأة) اى الى زوجها (واقامتها) عطف على الوكيل أى واقامة المرأة (البينة على الطلاق) يعنى أن ما نحن فيه نظير ما اذا وكل وكيلا بنقل امرأته اليه فاقامت المرأة بينة أن الزوج طلقها فان بينتها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولا تقبل فى وقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب (كما بيناه من قبل) أى فى باب الوكالة بالخصومة والقبض فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعى عن المدعى عليه ولا تقبل فى اثبات الملك للغائب وهذا لان مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغائب انما مقصوده بها اثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة وفى هذا المدعى خصم له فيجعل اثباته عليه بمنزلة اقرار خصمه بذلك (ولا تندفع) أى الخصومة (بدون اقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى) فانه قال باندفاعها بمجرد اقرار المدعى عليه للغائب بدون اقامة البينة ووجه قوله أن ذا اليد أقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه لخلوه عن التهمة فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة ووجه الجواب عنه ما ذكره المصنف بقوله (لانه) أى ذا اليد (صار خصما بظاهر يده) ولهذا كان للقاضى احضاره وتكليفه بالجواب (فهو باقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه) فهو متهم فى اقراره (فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره) بالحوالة فانه لا يصدق هناك فكذا هنا لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينته وهو غير معهود فى الشرع لانا نقول البينة لاثبات اليد الحافظة التى أنكرها المدعى لا لاثبات الاقرار كذا فى العناية واستشكل بعض الفضلاء قوله فى السؤال وهو غير معهود فى الشرع حيث قال قد سبق فى أول كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت فى العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد انتهى أقول هذا ليس بشئ اذ ليس مراد صاحب العناية أن عدم اعتبار اقرار المدعى عليه لم يعهد فى الشرع كيف ولا يخفى على مثله أن عدم اعتبار ذلك كثير فى المسائل الشرعية لعلل شتى كعدم اعتبار اقرار المريض للوارث وعدم اعتبار اقراره بعين فى يده لآخر فى حق غرماء الصحة وكعدم اعتبار اقرار الرجل بنسب من غير الوالدين كالاخ والعم وكعدم اعتبار اقرار المرأة بالولد أيضا الى غير ذلك وانما مراده أن اثبات اقرار نفسه بالبينة لم يعهد فى الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى العقار اثبات المقر اقرار نفسه بالبينة لان اثبات اليد بالبينة فى دعوى العقار انما يجب على المدعى لا على المدعى عليه الذى هو المقر (وقال أبو يوسف آخرا ان كان الرجل صالحا فالجواب) أى جواب المسئلة (كما قلناه) أى تندفع عنه الخصومة باقامة البينة (وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة) وان أقام البينة كما قال ابن شبرمة (لان المحتال من الناس قد يدفع ماله) سرا (الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود) علانية (فيحتال لابطال حق غيره) أى يكون مقصوده من ذلك

اثبات الملك للغير لعدم الخصم وهو ليس بخصم فى اثباته لانه لا ولاية لاحد على غيره فى ادخال شئ فى ملكه بغير رضاه ثم خروجه من الخصومة فى ضمن اثبات الملك لغيره واذا لم يثبت ما هو الاصل لا يثبت ما فى ضمنه كالوصية بالمحاباة تثبت فى ضمن البيع فببطلان البيع تبطل الوصية وقال ابن أبي ليلى يخرج من خصومته بمجرد قوله بغير بينة لانه لا تهمة فيما يقر به على نفسه فيثبت ما أقر به بمجرد اقراره وتبين ان يده يد حفظ (قوله كما بينا من قبل) أى فى باب الوكالة بالخصومة (قوله كما اذا ادعى تحويل الدين) أى الحوالة فصار كما اذا أقام البينة انه

يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة والجواب أنه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم فى اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق الا بحجة لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه بينة وهو غير معهود فى الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التى أنكرها المدعى لا لاثبات الاقرار ووجه قول أبي يوسف أن المحتال من الناس قد يدفع ما أخذ من الناس سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضى به لا يقبلها وأما وجه الفصل الاول فلانه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها وأما الفصل الثانى فله وجهان أحدهما احتمال أن يكون المودع

(قوله ولئن سلمنا البناء الخ) أقول فيه بحث (قوله لكن مقصود المدعى عليه الى قوله ولا معتبر به) أقول فقوله اثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر الخ ان أريد اثبات الملك له قصدا فمسلم ولا يضرنا وان أريد اثباته ضمنا فلا نسلمه ثم المراد من الضمنى خلاف القصدى والمراد بذلك فى قوله فيكون ذلك ضمنيا الخ اثبات الملك للغائب فحصل المعنى فيكون اثبات الملك للغائب ضمنيا ولا معتبر به (قوله وهو غير معهود فى الشرع) أقول قد سبق فى أول كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت فى العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد

فاذا

فاذا اتهمه القاضى به لا يقبله (ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة) لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى ولانه ما أحاله الى معين يمكن للمدعى اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعى ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد للوجه الثانى وعند أبي حنيفة تندفع لانه أثبت ببينته أن العين وصل اليه من جهة غيره

الاضرار بالمدعى ليتعذر عليه اثبات حقه بالبينة (فاذا اتهمه القاضى به) أى بالاحتيال (لا يقبله) أى لا يقبل ما صنعه قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه ما ذهب اليه أبو يوسف استحسان ذهب اليه بعدما ابتلى بالقضاء لانه مارس القضاء فوقف على أحوال الناس ما لم يعرفه غيره وما قالاه قياس لان البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز ابطالها بمجرد الوهم كذا فى غاية البيان واعلم أن هذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة فى يد المدعى عليه واليه أشار بقوله هذا الشئ أودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود فى الخارج وأما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان أقام البينة لانه اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما لظاهر اليد لانه دليل الملك الا أنه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل وأما اذا هلكت فالدعوى تقع فى الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعى بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة على أن العين كانت فى يده وديعة لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة كذا فى العناية وكثير من الشروح ثم ان الذى ذكر فى الكتاب اذا قال الشهود أودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه ووجهه (ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه) أى أصلا لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه (لا تندفع عنه الخصومة) أى بالاجماع كذا فى الكافى والشروح والظاهر أن مرادهم بالاجماع ههنا اجماع أئمتنا الثلاثة أو اجماع ما عدا ابن أبي ليلى فان شهادة الشهود ليست بشرط عنده فى اندفاع الخصومة كما مر قال المصنف فى تعليل المسئلة (لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى) حيث لم يعرفوه (ولانه) أى ذا اليد (ما أحاله) أى ما أحال المدعى (الى معين يمكن للمدعى اتباعه فلو اندفعت) أى الخصومة (لتضرر به المدعى) أقول فى تعليله الثانى قصور أما من حيث اللفظ فلانه أضمر فيه المدعى أولا حيث قال ما أحاله وأظهره ثانيا حيث قال يمكن للمدعى اتباعه ولا يخفى على من له معرفة بأساليب الكلام سماجة ذلك وكون الوجه ما العكس واما الاضمار فى المقامين وأما من حيث المعنى فلانه جعله دليلا مستقلا على المسئلة الاجماعية مع أنه منقوض على قول أبي حنيفة وأبي يوسف بالمسئلة الآتية وهى ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فان الحكم المذكور يتخلف عنه هنالك عندهما كما سيظهر وكان الامام الزيلعى تنبه لهذا فجعل الدليلين دليلا واحدا حيث قال فى تعليل هذه المسئلة فى التبيين لانهم ما أحالوا المدعى على رجل معروف يمكن مخاصمته ولعل المدعى هو ذلك الرجل فلو اندفعت لبطل حقه انتهى ثم ان الظاهر كان يقول المصنف أيضا لانهم ما أحالوه بدل قوله لانه ما أحاله لان المسئلة فى أن لا يعرفه الشهود لا فى أن لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى وتوجيه ما قاله المصنف ان شهادة الشهود لما كانت لاجل ذى اليد نسب حالهم اليه ويحتمل أن يكون الضمير البارز فى قوله لانه والضمير فى قوله ما أحاله راجعين الى الشهود بتأويل من شهد (ولو قالوا) أى الشهود (نعرفه) أى الرجل الذى أودعه (بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب) أى جواب المسئلة (عند محمد للوجه الثانى) وهو قوله ولانه ما أحاله على معين الخ فصار بمنزلة ما لو قالوا أودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل تعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه ولا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث كذا فى الكافى والشروح (وعند أبي حنيفة تندفع لانه) أى المدعى عليه (أثبت ببينته أن العين وصل اليه من جهة غيره)

أحال بالدين على آخر كذا فى شرح الاقطع وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الرجل معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة (قوله وقال الشهود أودعه رجل لا نعرفه) أى لا نعرفه أصلا بوجهه ولا باسمه ونسبه ولو قالوا

هو هذا المدعى حيث لم يعرفوه والثانى أنه ما أحاله الى معين يمكن للمدعى اتباعه فلو اندفعت الخصومة تضرر المدعى وأما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثانى وهو قوله ما أحاله الى معين الى آخره فصار بمنزلة ما لو قال أودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل أتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ووجه قول أبي حنيفة أن المدعى عليه أثبت ببينة أن العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين حينئذ أن المودع غير المدعى عليه فاذا الشهادة تفيد أن يده ليست يد خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفى المعرفة التامة وليس على ذى اليد تعريف خصم المدعى تعريفا تاما انما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت

(قوله والمدعى هو الذى أضر بنفسه) جواب عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعى و وجهه أن الضرر اللاحق بالمدعى انما لحقه من نفسه (حيث نسى خصمه) أومن جهة شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كان العين قائما فى يد المدعى عليه واليه أشار بقوله هذا الشئ أودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود فى الخارج وأما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان أقام البينة لانها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا أنه يحتمل غيره فتندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على

حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعى هو الذى أضر بنفسه حيث نسى خصمه أو أضره شهوده وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الاقوال الخمسة (وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم) لانه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما (وان قال المدعى غصبته منى أو سرقته منى لا تندفع الخصومة وان أقام ذو اليد البينة على الوديعة) لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذى اليد

أى غير المدعى (حيث عرفه الشهود بوجهه) لحصول العلم بيقين أن المودع غير هذا المدعى (بخلاف الفصل الاول) وهو ما اذا قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه أصلا (فلم تكن يده) أى لم تكن يد المدعى عليه فى الفصل الثانى (يد خصومة) لعدم كونها يد ملك بل يد حفظ (وهو المقصود) أى لا تكون يده يد خصومة بل يد حفظ هو مقصوده وقد أفادته الشهادة والحديث المار يدل على نفى المعرفة التامة وليس على ذى اليد تعريف خصم المدعى تعريفا تاما انما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت (والمدعى هو الذى أضر بنفسه حيث نسى خصمه أو أضره شهوده) أى شهود المدعى عليه وهو ذو اليد وهذا جواب عن قول محمد فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعى و وجهه أن الضرر اللاحق بالمدعى انما لحقه من جهة نفسه حيث نسى خصمه أومن جهة شهود المدعى عليه لا من جهة ذى اليد (وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى) أى هذه المسئلة من بين مسائل الدعوى تسمى مخمسة كتاب الدعوى اما لان فيها خمسة أقوال كما أشار اليه بقوله (وذكرنا الاقوال الخمسة) وهى قول ابن شبرمة وقول ابن أبى ليلى وقول أبى يوسف وقول محمد وقول أبى حنيفة رحمهم الله واما لان فيها خمس صور وهى الايداع والاعارة والاجارة والرهن والغصب كما ذكروه أيضا (وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم) هذا لفظ القدورى يعنى ان قال المدعى عليه اشتريت هذا الشئ من الغائب فهو خصم للمدعى (لانه) أى المدعى عليه (لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما) كما لو ادعى ملكا مطلقا (وان قال المدعى غصبته منى) أى غصبت هذا الشئ منى (أو سرقته منى لا تندفع الخصومة وان أقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه) أى لان ذا اليد (انما صار خصما بدعوى الفعل عليه) أى بدعوى المدعى الفعل وهو الغصب أو السرقة على ذى اليد (لا بيده) أى لم يصر ذو اليد فى دعوى الفعل خصما بيده ثم ان فعل ذى اليد لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال انه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه (بخلاف دعوى الملك المطلق لانه) أى ذا اليد (خصم فيه) أى فى دعوى الملك المطلق بتأويل الادعاء (باعتبار يده حتى لا تصح دعواه) أى دعوى الملك المطلق (على غير ذى اليد) و يده مترددة بين أن يكون له فيكون خصما و بين أن يكون لغيره فلا يكون خصما و باقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعى سرق منى وأقام ذو اليد البينة على أن فلانا أودعه لم تندفع الخصومة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه

نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد رحمه الله وعند أبى حنيفة رحمه الله تندفع وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى فان الخمسة من العلماء فيها قولا كما ذكرنا وهى خمس مسائل وهى ما اذا قال هذا الشئ لفلان الغائب عندى وديعة أو عارية أو اجارة أو رهنا أو غصبا (قوله لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه) وهو الغصب لا بيده ألا ترى أن دعوى الغصب كما يصح على ذى اليد يصح على غير ذى اليد حتى أن من ادعى على آخر أنه غصب عبده وليس فى يده عبد صحت دعوته و يلزمه القيمة (قوله

المحتمل وأما اذا هلكت فالدعوى تقع فى الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعى بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة على أن العين كانت فى يده وديعة لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة قال وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم الخ) واذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم لانه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعى غصبت هذا العين منى أو سرقته منى وأقام ذو اليد البينة على الوديعة لا تندفع الخصومة لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذى اليد وفعله لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال انه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح الدعوى على غير ذى اليد و يده مترددة بين أن يكون له فيكون خصما

و يصح

(قال المصنف أو أضر به شهوده) أقول أى شهود المدعى فالاضافة للملابسة أو شهود المدعى عليه ولا يخلو عن البعد (قوله لانه دليل الملك الا أنه يحتمل غيره) أقول الضمير فى قوله غيره راجع الى الملك (قوله ولهذا صحت الدعوى) أقول أى دعوى الفعل

لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصب منى على ما لم يسم فاعله ولهما أن ذكر الفعل يستدعى الفاعل البتة والظاهر أنه هو الذى فى يده الا أنه لم يعينه درأ للحد عنه شفقة عليه فان قيل اذا لم تندفع الخصومة فربما يقضى بالعين عليه

وفى ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء

و يصح دعوى الفعل (وان قال المدعى سرق منى وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة) وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب منى على ما لم يسم فاعله ولهما أن ذكر الفعل يستدعى الفاعل لا محالة والظاهر أنه هو الذى فى يده الا أنه لم يعينه درأ للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه (وان قال المدعى ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك أسقطت

أن يكون لغيره فلا يكون خصما و باقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصما (و يصح دعوى الفعل) أى يصح دعوى الفعل على غير ذى اليد كما يصح دعواه على ذى اليد (وان قال المدعى سرق منى) أى ان قال المدعى سرق منى هذا الشئ على صيغة المجهول (وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة) أى على أن فلانا أودعه اياه (لم تندفع الخصومة) هذا أيضا لفظ القدورى قال المصنف (وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع) أى الخصومة وهو القياس (لانه) أى المدعى (لم يدع الفعل عليه) أى على ذى اليد (فصار كما اذا قال) أى المدعى (غصب منى على ما لم يسم فاعله) يعنى أن التجهيل أفسد دعوى السرقة فبقى دعوى الملك فتندفع الخصومة باثبات الوديعة كما لو جهل الغصب وقال غصب منى على ما لم يسم فاعله وأقام ذو اليد البينة على الوديعة من آخر فانه تندفع الخصومة هناك فكذا هنا كذا فى غاية البيان (ولهما) أى لابى حنيفة وأبى يوسف (أن ذكر الفعل) وهو السرقة (يستدعى الفاعل لا محالة) لان الفعل بدون الفاعل لا يتصور (والظاهر أنه) أى الفاعل (هو الذى فى يده الا أنه) أى المدعى (لم يعينه) أى لم يعين الفاعل (درأ للحد شفقة عليه) أى على ذى اليد (واقامة لحسبة الستر) أى لاجل الستر قال صاحب العناية فان قيل اذا لم تندفع الخصومة فربما يقضى بالعين عليه وفى ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء حينئذ أجيب بأن وجهه أنه اذا جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين الى المدعى ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعل سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعى فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل أن يصل العين الى المالك فكان فى جعله سارقا احتيالا للدرء انتهى أقول فى كل واحد من السؤال والجواب نظر أما فى السؤال فلانه ان أراد بقوله وفى ذلك جعله سارقا ان فى ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع وانما هو عند تعيين كونه السارق وان أراد به أن فى ذلك مجرد جعله خصما فى دعوى كون ذلك الشئ مسروقا من المدعى فهو مسلم لكن لا وجه حينئذ لقوله فما وجه الدرء حينئذ اذ وجهه ظاهر وهو سقوط القطع بعدم التعيين لشبهة كون السارق غيره وأما فى الجواب فلان مقتضاه أن جعل ذى اليد خصما والقضاء عليه بتسليم العين الى المدعى فى مسئلتنا هذه انما كان لاجل الاحتيال لدرء الحد وأن الاحتيال للدرء انما نشأ من قبل الشرع لا من قبل المدعى وهذا مع كونه مخالفا لمقتضى الدليل المذكور فى الكتاب كما ترى غير تام فى نفسه لان ظهور سرقة ذى اليد بعد ذلك بيقين أمر موهوم وخروج العين المدعاة من يده على تقدير القضاء عليه بها أمر محقق فكيف يرتكب الضرر المحقق لدفع الضرر الموهوم سيما اذا اعترف بانها ملك الغير أودعها عنده فان اتلاف مال أحد لدفع ضرر موهوم عن آخر غير معهود فى الشرع (فصار) أى فصار ما اذا قال سرق بصيغة المجهول (كما اذا قال سرقت) بالتعيين والخطاب (بخلاف الغصب) أى بخلاف ما اذا قال غصب منى بصيغة المجهول حيث تندفع الخصومة باثبات الوديعة بالاتفاق (لانه لا حد فيه) أى فى الغصب (فلا يحترز عن كشفه) فلم يكن المدعى معذورا فى التجهيل (ولو قال المدعى ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك) أى فلان الذى قال المدعى ابتعته منه (أسقط

الا أنه لم يعينه درأ للحد) لانا اذا جعلناه سارقا لا تندفع الخصومة عنه و يقضى القاضى بالعين للمدعى فمتى

حينئذ أجيب بأن وجهه أنه جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين الى المدعى ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعى فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يد لظهورها قبل أن تصل العين الى المالك فكان فى جعله سارقا احتيالا للدرء بخلاف ما اذا قال غصبت لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعى ابتعته من فلان وصاحب اليد قال أودعنيه فلان أسقط الخصومة من غير بينة لتوافقهما على أن أصل الملك فيه لغيره

(قوله أجيب بأن وجهه أنه اذا جعل خصما الخ) أقول بأن جعل سارقا ثم أقول فيه بحث فانه ان أراد أن فى ذلك جعله سارقا فى حق توجه الخصومة فسلم ولا يلزم منه القطع وان أراد أن فيه جعله سارقا فى حق القطع فليس كذلك وانما يلزم ذلك أن لو قال المدعى سرقته ولما قال سرق على بناء المجهول وشهد شهوده كذلك لم يظهر كون ذى اليد سارقا لاحتمال كون السارق غيره وابتياع ذى اليد منه

والحدود تندرئ بالشبهات فحينئذ لا حاجة الى ما ذكره فى معرض الجواب مع أن فيه ما لا يخفى (قوله ان ظهرت سرقته) أقول أى سرقة العين باقرار ذى اليد أو غيره

فيكون وصوله الى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا أن يقيم المدعي البينة أن فلانا وكله بقبضه لانه أثبت ببينته أنه أحق بامساكه

(باب ما يدعيه الرجلان) لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين (قال وان ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة على ذلك قضى بها بينهما وقال الشافعي في قولٍ تهاترتا) أي تساقطتا من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه (وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما أو يصار الى القرعة لانه صلى الله عليه وسلم أقرع فيه روى سعيد بن المسيب أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فقال اللهم انك تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي أن رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وعن أبي الدرداء رضي الله عنه

(قال المصنف الا أن يقيم البينة أن فلانا وكله) أقول فان قيل يلزم حينئذ الحكم على الغائب بانه وكله قلنا لا محذور فيه فان ما يدعى على الغائب وهو التوكيل سبب لما يدعى على الحاضر وهو التسليم وقد مر قبيل باب التحكيم انه يجوز فراجعه

الخصومة بغير بينة) لانهما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا أن يقيم البينة أن فلانا وكله بقبضه لانه أثبت ببينته كونه أحق بامساكها والله أعلم

(باب ما يدعيه الرجلان)

قال (واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضى بها بينهما) وقال الشافعي في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل

الخصومة) أي أسقط صاحب اليد الخصومة عن نفسه (بغير بينة) هذا لفظ القدوري قال المصنف (لانهما توافقا على أن أصل الملك فيه) أي في الشيء المدعى (لغيره) أي لغير صاحب اليد (فيكون وصولها) أي وصول العين المدعاة وكان المطابق للضمائر السابقة أن يقول المصنف فيكون وصوله كما قاله صاحب العناية ولكنه يشبه أنه قصد التفنن في العبارة (الى يد ذي اليد من جهته) أي من جهة الغير (فلم تكن يده يد خصومة الا أن يقيم) أي المدعى (البينة أن فلانا) أي فلانا المذكور (وكله بقبضه) أي بقبض الشيء المدعى (لانه) أي المدعى (أثبت ببينته كونه أحق بامساكها) أي بامساك العين المدعاة كأنه قصد التفنن ههنا أيضا حيث قال أولا بقبضه بالتذكير وثانيا بامساكها بالتأنيث

(باب ما يدعيه الرجلان)

لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع في ذكر حكم دعوى الاثنين بعد الواحد (قال) أي القدوري في مختصره (واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها) أي العين (له وأقام البينة) أي على ما ادعاه (قضى بها بينهما) أي نصفين وانما وضع المسئلة في دعوى ملك العين لانهما لو تنازعا في نكاح امرأة وأقام كل واحد منهما بينة على أنها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى الخارجين لان الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد وأقاما بينة فبينة الخارج أولى عندنا وفي أحد قولي الشافعي تهاترت البينتان ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد قضاء ملك وفي الملك المطلق لان في المقيد بالسبب المعين أو بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجيء ان شاء الله تعالى (وقال الشافعي) أي في المسئلة التي نحن فيها (في قول تهاترتا) أي البينتان أي تساقطتا وبطلتا مأخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه كذا في المغرب (وفي قول يقرع بينهما) أي بين المدعيين ويقضى لمن خرجت قرعته (لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل

ظهر السارق بعد ذلك لا بيقين لا يقطع يده لانه ظهرت سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا تندفع الخصومة عنه ولا يقضى بالعين للمدعى فتى ظهر السارق بعد ذلك بيقين يقطع يده لانه ظهرت سرقته قبل أن تصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيال للدرء ولم يتعلق به عقوبة سوى الضمان والله أعلم

(باب ما يدعيه الرجلان)

(قوله اذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له وأقاما البينة قضى بها بينهما) انما وضع المسئلة في دعوى ملك العين لانهما لو تنازعا في نكاح امرأة وأقام كل واحد منهما بينة انها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى الخارجين لان الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد وأقاما بينة فبينة الخارج أولى وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تهاترت البينتان ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد قضاء ملك وفي الملك المطلق لان في المقيد بالسبب المعين أو بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجيء ان شاء الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله تهاترت البينتان تركا أي تساقطت وبطلت مأخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام في

أن رجلين اختصما بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في شئ وأقاما البينة فقال عليه السلام ما أحوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى به رسولنا عليه السلام بينهما نصفين والجواب عن حديث القرعة انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في ايجاب الحق لمن خرجت له فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق ولا نسلم كذب احداهما بيقين لان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشتري فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق

(قوله بمنزلة الاستحقاق في ايجاب الحق) أقول في ايجاب متعلق بقوله بمنزلة (قوله ولا نسلم كذب احداهما بيقين) أقول فيه بحث فان الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام أحدهما لنفس الامر من أجلى الواضحات فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعا وهو مفقود ههنا والالزم اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتأمل (قوله فكانت الشهادتان صحيحتين) أقول يعني شرعا

في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران أو يصار الى القرعة لان النبي عليه السلام أقرع فيه وقال اللهم أنت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة أن رجلين اختصما الى رسول الله عليه السلام في ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان

أي في كل العين (في حالة واحدة وقد تعذر التمييز) أي بين الصادقة منهما والكاذبة فيمتنع العمل بهما (فيتهاتران) كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخران انه أعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن به أولى كذا في النهاية والكفاية (أو يصار الى القرعة لانه عليه السلام أقرع فيه وقال اللهم أنت الحكم بينهما) روى سعيد بن المسيب أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم أنت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته (ولنا حديث تميم بن طرفة) الطائي رواية عن أبي موسى الاشعري رضي الله تعالى عنه ذكره أبو داود (أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة وأقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين) وعن أبي الدرداء رضي الله تعالى عنه أن رجلين اختصما بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في شئ وأقاما البينة فقال ما أحوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى به رسولنا صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين (وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ) هذا جواب عن حديث القرعة يعني انه كان في ابتداء الاسلام وقت اباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق بخلاف قسمة المال المشترك لان للقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا للقلوب ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار كذا في الكافي وسائر الشروح (ولان المطلق) بكسر اللام أي المجوز (للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود) بفتح الميم (بان يعتمد أحدهما سبب الملك) كالشراء (والآخر اليد فصحت الشهادتان) قال صاحب العناية في حل هذا المقام ولا نسلم كذب احداهما بيقين لان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشتري فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى أقول الظاهر من تقريره أنه قد حمل قول المصنف ولان المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعي ان احدى البينتين كاذبة بيقين فيرد عليه انه لا مجال للمنع ذلك على ما ذهب اليه جمهور المحققين من أن معنى صدق الخبر مطابقته للواقع ومعنى كذبه عدم مطابقته لان

والخطأ فيه كذا في المغرب وقال مالك رحمه الله يقضي بأعدل البينتين وعند الاوزاعي رحمه الله يقضي بأكثرهما عددا في الشهود (قوله وقد تعذر التمييز فيتهاتران) كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخران أنه أعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن أولى واستدل بملك النكاح لو تنازع اثنان في امرأة وأقام كل واحد منهما البينة أنها امرأته لم يقض القاضي لواحد منهما (قوله أو يصار الى القرعة) استدل بحديث سعيد بن المسيب ان رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقام كل واحد منهما البينة أنها أمته فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فقال اللهم أنت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته (قوله وحديث القرعة كان في الابتداء) أي كان استعمال القرعة في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ

فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما فى سبب الاستحقاق
قال (فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين) لتعذر العمل بهما لان

استحالة اجتماع الملكين فى كل العين فى حالة واحدة ضرورية فكذب احداهما أى عدم مطابقتها للواقع متيقن بلا ريب وماذكره فى معرض السند للمنع لا يجدى طائلا فى دفع هذا كما لا يخفى والوجه عندى ان لا يكون مراد المصنف بقوله المذكور منع قول الشافعى ذلك بل أن يكون مراده به القول بالموجب أى اثبات مدعانا مع التزام ما قاله الخصم وتقريره أن المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد وكل شهادة لها مطلق كذلك فهى صحيحة سواء طابقت الواقع أولم تطابقه لان صحة الشهادة لا تعتمد تحقق المشهود به فى الواقع فان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد بل انما تعتمد ظاهر الحال فصحت الشهادتان (فيجب العمل بهما ما أمكن) لان البينات حجج الله تعالى والعمل بها واجب مهما أمكن (وقد أمكن) ههنا (بالتنصيف اذ المحل يقبله) أى يقبل التنصيف (وانما ينصف لاستوائهما) أى لاستواء المدعيين (فى سبب الاستحقاق) وهو الشهادة فحاصل كلام المصنف ههنا على ما وجهناه أن مدار العمل بالشهادتين صحتهما لاصدقهما فانه مما لا يطلع عليه العباد وأن وجه صحتهما ماذكره يرشد اليه أنه قال فى التفريع فصحت الشهادتان ولم يقل فصدقت الشهادتان ثم ان بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولانسلم كذب احداهما بيقين وأجاب عنه حيث قال فيه بحث فان الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام احداهما النفس الامر من أجلى الواضحات فكيف يمنع وليس فيما ذكره فى معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعا وهو مفقود ههنا والالزم اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا فالذى لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعى فليتامل انتهى أقول فى الجواب بحث اذ الظاهر أن مراده بكذبها شرعا عدم مطابقتها للاعتقاد لانه هو الذى يمكن أن يراد بلفظ الكذب ههنا بعد أن لا يكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بوجه لان كون صدق الخبر مطابقته لاعتقاد المخبر وكذبه عدم مطابقته لاعتقاده مذهب النظام ومن تابعه وقد أبطله المحققون باجماع المسلمين على تصديق اليهودى فى قوله الاسلام حق مع مخالفته لاعتقاده وتكذيبه فى قوله الاسلام باطل مع مطابقته لاعتقاده فكيف يحمل الكذب الشرعى على مثل هذا المذهب المزيف ويجعل مبنى لاستدلال أئمتنا فى هذه المسئلة وأيضا لو لم يكن الكذب الشرعى عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان لما ورد فى قواعد الشرع من أنه تعمد الكذب ولم يتعمده معنى لان الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لا يتصور بدون التعمد وأيضا لا يندفع ما قاله الشافعى بمنع كذب احدى البينتين بيقين بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد اذ يكفى له كذب احداهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فان التزم جواز العمل بهما عند تيقن عدم مطابقة احداهما للواقع فلم لا يلتزم جواز العمل بهما عند تيقن كذب احداهما بمعنى عدم المطابقة للواقع والفرق بمجرد اطلاق لفظ الكذب وعدم اطلاقه لا يؤثر فى تحقيق معنى المسئلة فانما هو اعتبار لفظى فلا ينبغى أن يترك به القول المعول عليه فى معنى الصدق والكذب ثم ان قوله والالزم اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا ان أراد به أنه يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة من الشهادتين وتكذيبها بعينها ممنوع وان أراد به أنه يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة منهما وتكذيب احداهما لا بعينها فمسلم لكن لانسلم المحذور فيه اذ الكذب بالنسبة الى كل واحدة منهما بعينها كان محتملا لا محققا فتامل (قال) أى القدورى فى مختصره (فان ادعى كل واحد منهما) أى من الرجلين (نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان

(قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة الخ) دعوى نكاح المرأة من رجلين اما أن تكون متعاقبة أولا

ذلك بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا فكذلك تعيين المستحق بخروج القرعة يكون قمارا أيضا بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضى هنالك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا للقلوب بهما ونفيا للتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك

المحل

فان كان الثانى فلا بينة لهما فالمرأة اما أن تقر لاحدهما أولا فان أقرت فهى امرأته لتصادقهما وان لم تقر لم يقض لواحد وان كان ثم بينة فمن أقام البينة فهى امرأته وان أقرت لغيره لان البينة أقوى من الاقرار وان أقاماها فاما أن تكون فى بيت أحدهما أو دخل بها أولا فان كان ذلك فهى امرأته لان النقل الى بيته أو الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده الا أن يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فانها تقبل لان الصريح أولى من الدلالة وان لم يكن ذلك فمن أثبت سبق التاريخ فهى امرأته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يذكرا تاريخا لم يقض بواحدة منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل للاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما فايهما أقرت له أنه تزوجها قبل الآخر فهى امرأته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ولقائل أن يقول قوله فصاحب الوقت الاول أولى ليس بجلى لانه انما يكون أولى اذا كان الثانى بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها أما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الاول طلقها فتزوج بها الثانى والجواب أن ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول

المحل لا يقبل الاشتراك قال (ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما) لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم توقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول أولى (وان أقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهى امرأته) لتصادقهما (وان أقام الآخر البينة قضى بها) لان البينة أقوى من

المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين) وحكى عن ركن الاسلام على السغدى أنه لا تترجح احداهما الا باحدى معان ثلاث احداها اقرار المرأة والثانية كونها فى يد احدهما والثالثة دخول احدهما بها الا ان يقيم الآخر البينة ان نكاحه أسبق كذا فى الشروح نقلا عن الخلاصة قال المصنف (وهذا) أى الحكم المذكور (اذا لم توقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول أولى) لما فيه من زيادة الاثبات كذا فى الكافى قال صاحب العناية ولقائل أن يقول قوله فصاحب الوقت الاول أولى ليس بجلى لانه انما يكون أولى اذا كان الثانى بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها أما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الاول طلقها فتزوج بها الثانى والجواب أن ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام فى ذلك وأيضا قد ذكرنا آنفا أن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة انتهى أقول فى الجواب الاول نظر لانه اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وأقيمت البينة عليها كان صاحب الوقت الثانى أولى قطعا وليس مدار السؤال على دعوى أولوية الثانى بل على منع أولوية الاول وهذا المنع لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الاول بل يتوجه أيضا على تقدير دعوى النكاح مطلقا أى من غير تقييد بكونه بعد طلاق الاول فيما اذا احتملت المدة التى بين الوقتين انقضاء العدة لجواز أن الاول طلقها وانقضت عدتها فتزوج بها الثانى كما ذكر فى السؤال فلم تثبت الاولوية فى الاول مطلقا وأما الجواب الثانى فهو وان كان صحيحا فى نفسه الا أن فيه نوع احتياج الى بيان لمية الحكم بالاول فيما عاينا تقدمه أيضا مع الاحتمال المذكور فالاحسن ههنا ماذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت أمكن العمل بالبينتين بتخلل الطلاق قلت لا يمكن لان النكاح الثانى يحتمل أن يكون بعد الطلاق ويحتمل أن يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للاول بالشك ولا يقال يحمل أمرهما على الصلاح لان هذا انما يعتبر فى الدفع لا فى ابطال حق الغير وههنا الحاجة الى الابطال انتهى (وان أقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهى امرأته لتصادقهما فان أقام الآخر البينة قضى بها لان البينة أقوى من

فى معنى القمار بان يعتمد أحدهما سبب الملك كالشراء وما أشبهه والآخر اليد فصحت الشهادتان فان صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة اذ لا علم للعباد بحقائق الامور وانما تعتمد ظاهر الحال فاذا صحت الشهادتان وأمكن العمل بهما لان المحل يقبل الاشتراك فقضى لكل واحد منهما بالنصف وصار هذا على مثال العلل الشرعية نحو ان باع فضولى مال انسان وباع فضولى آخر من آخر وأجاز المالك البيعين ثبت الملك لكل واحد منهما فى النصف كذلك ههنا بخلاف ملك النكاح فانه لا يحتمل الاشتراك وقوله ان القاضى تيقن بكذب أحدهما ضعيف فكل واحد منهما اعتمد شيأ أطلق له أداء الشهادة وهو معاينة اليد لمن شهد له وبه فارق مسئلة مكة والكوفة على العادات الغالبة التى يبتنى عليها الاحكام (قوله ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما) حكى عن ركن الاسلام على السغدى رحمه الله انه قال لا يترجح احدى البينتين

(قوله وان أقاماها الخ) أقول الاظهر أن يقرره هكذا وان أقاماها فان أرخا وكان تاريخ أحدهما أسبق كان هو أولى وان لم يؤرخا أو استوى تاريخهما فان كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها الى منزله كان هو أولى وان لم يوجد شئ من ذلك يرجع الى تصديق المرأة وانما قلنا الاظهر ذلك لما لا يخفى عليك ما فى تقرير الشارح من الانغلاق والانتشار قال الاتقانى نقلا من فصول الاستروشنى وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فصاحب التاريخ أولى اه والظاهر أن يقيد قوله وان أرخ أحدهما بلا يد ولا اقرار والا فصاحب اليد والاقرار أولى (قوله فان كان ذلك فهى امرأته الخ) أقول ولا يعتبر قولها وتصديقها (قوله وان لم يكن ذلك) أقول معطوف على قوله فان كان ذلك وقوله ذلك اشارة الى قوله فاما أن يكون فى بيت أحدهما أو دخل بها (قوله وان لم يذكرا تاريخا) أقول أو استوى تاريخهما (قوله والجواب أن ذلك الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى قوله لجواز أن الاول طلقها الخ

الاقرار (ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي له ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها) لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه (الا أن يؤقت شهود الثاني سابقا) لانه ظهر الخطا في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد)

الاقرار) اذ البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة وذكر في نكاح المبسوط ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعي أنها امرأته ويقيم البينة فان كانت في بيت أحدهما أو كان دخل بها فهي امرأته لان البينتين اذا تعارضتا على العقد ترجح احداهما بالقبض كما لو ادعى رجلان تلقي الملك في عين من ثالث بالشراء وأحدهما قابض وأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى لان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن والامكان ثابت ههنا بان يجعل نكاح الذي دخل بها ثابتا حين دخل وهذا لان تمكنه من الدخول بها أو من نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فحينئذ سقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق وان لم تكن في يد أحدهما فايهما أقام البينة أنه أول فهو أحق بها لان شهوده شهدوا بسبق التاريخ في عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فايهما أقرت المرأة انه تزوجها قبله أو انه تزوجها دون الآخر فهي امرأته اما لان بينته تترجح باقرارها له كما ينافي جانب الزوج أو لان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقي تصادق احد الزوجين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما كذا في النهاية وأنت تعلم أن هذه بمنزلة الشرح لما في الكتاب وانه يظهر منه أن قول القدوري فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين فيما اذا لم تكن المرأة في بيت احدهما ولم يكن احدهما دخل بها واعلم أن هذا كله اذا كان التنازع حال حياة المرأة وأما اذا كان بعد وفاتها فهو على وجوه ولا يعتبر فيه الاقرار واليد فان أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر وان لم يؤرخا أو أرخا على السواء فانه يقضى بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد فرق بين الدعوى حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة والفرق أن المقصود في حال الحياة هي المرأة وهي لا تصلح للشركة بينهما والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة فان جاءت بولد يثبت النسب من الابوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان البنوة لا تتجزأ كذا في غاية البيان نقلا عن الفصول وفي الفصول نقلا عن المحيط (ولو تفرد أحدهما بالدعوى) يعني أن الذي ذكر من قبل فيما اذا ادعيا معا ولو تفرد أحدهما بالدعوى (والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي له ثم ادعى آخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بذلك) أي بما ادعاه الثاني (لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه) أي لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التي هي مثل الاولى بل دونها لان الاولى تأكدت بالقضاء وهذا لان في الظنيات لا ينقض المثل بالمثل ولهذا لا يهدم الرأي بالرأي كذا في غاية البيان (الا أن يؤقت شهود الثاني سابقا) أي وقتا سابقا فانه يقضى حينئذ بادعاء الثاني (لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين) حيث ظهر أنه تزوج منكوحة الغير أقول في قول المصنف بيقين تسامح لان البينات من الظنيات لا من اليقينيات على ما صرحوا به ولعل صاحب الكافي تنبه له حيث ترك لفظة بيقين في تحريره (وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق) قد مر بيان هذه المسئلة على الوجه الاتم فيما ذكرناه من قبل نقلا عن المبسوط (قال) أي القدوري في مختصره (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) قال المصنف

الا باحدى معان ثلاث احداها اقرار المرأة والثانية كونها في يد أحدهما والثالثة دخول أحدهما بها الا أن يقيم الآخر البينة أن نكاحه أسبق كذا في الخلاصة (قوله فلا ينقض بما هو مثله في الظنيات فانه لا يرفع المثل بالمثل) كالقياس فانه لا يرفع القياس بل هو دونه لاتصال القضاء بالاول دون الثاني

وليس الكلام في ذلك وأيضا قد ذكرنا آنفا أن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة وان كان الاول فاذا انفرد أحدهما والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى له بها ثم ادعى الآخر وأقامها على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح ومضى فلا ينقض بما دونه الا أن يؤقت شهود المدعي الثاني وقتا سابقا فيقضى له لانه ظهر الخطا الاول بيقين (قوله وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج) مر بيانه قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد الخ) عبد في يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد

معناه

قال المصنف (معناه من صاحب اليد) احترازا عما سيأتي بعد هذه المسئلة (وأقاما) على ذلك (بينة) من غير تأقيت (فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن) الذي شهدت به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان قد نقده لاستوائهما في

معناه من صاحب اليد وأقاما بينة (فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك) لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن

(معناه) أي معنى قوله منه (من صاحب اليد) وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما أن يدعيا الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب كذا في النهاية وغيرها ثم ان تمام قول القدوري (وأقام بينة) أي أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه حمل صاحب العناية هذا القول على ما لو أقاماها من غير توقيت حيث قال في شرح المقام وأقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكأنه أخذ ذلك من تصريح صاحب الكافي ههنا حيث قال في شرح المقام ولم توقت واحدة من البينتين وقتا وأقول الاولى تعميمه لما لم يؤقتا ولما وقتا ووقتهما على السواء لان حكم هاتين الصورتين سواء على ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات ولفظ الكتاب مساعد للتعميم لهما ولو لم يعمم لزم أن يكون صورة ما وقتا ووقتهما على السواء متروكة في الكتاب بالكلية من بين أقسام هذه المسئلة لعدم دخولها في الصور الآتية المتشعبة من هذه المسئلة ولا يخفى بعد ذلك (فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما) قال المصنف (لانه تغير عليه شرط عقده) وهو رضاه لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة عليه كذا في معراج الدراية أخذا من الكافي وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه (فلعل رغبته في تملك الكل) ولم يحصل (فيرده ويأخذ كل الثمن) وقال بعض الفضلاء ردا على صاحب العناية الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع واذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل وأيضا الاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطا له انتهى أقول الذي هو تصرف نفس ذلك القائل ههنا ساقط أما قوله ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل فلان قول المصنف هذا يؤيد ما ذكره صاحب العناية أكثر من أن يؤيد ما ذكره العلامة الكاكي صاحب معراج الدراية كما يظهر بالتأمل الصادق وأما قوله وأيضا الاتحاد وصف العقد الخ فلان مراد صاحب العناية أن اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لانه شرط نفس العقد كما أن الرضا أيضا كذلك لتحقق نفس العقد فاسدا في بيع المكره مع انتفاء الرضا فيه وأن مراد المصنف أنه تغير شرط صحة عقده لا أنه تغير شرط نفس عقده والا لما ساغ له أن يأخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد ثم ان صحة العقد وصف للعقد كاتحاد الصفقة وانه لا محذور في كون أحد وصفيه شرطا للآخر وقال صاحب العناية فان قيل كذب احدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كلا في وقت واحد فينبغي أن تبطل البينتان أجيب بانهم لم يشهدوا

(قوله معناه من صاحب اليد) وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب (قوله فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن) فان قيل قد تيقن القاضي بكذب احد الفريقين لان البيعين على دار واحدة من رجلين كل واحد منهما بكماله لا يتصور في وقت واحد فينبغي

الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق وأقاما البينة (وان شاء ترك) لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه (فلعل رغبته في تملك الكل) ولم يحصل (فيرده ويأخذ كل الثمن) فان قيل كذب احدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كلا في وقت واحد فينبغي أن تبطل البينتان أجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سببا في وقت أطلق له الشهادة به

(قوله لأن شرط العقد الخ) أقول الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع واذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل وأيضا الاتحاد وصف العقد فكيف يكون (قوله أجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما الخ) أقول فيه بحث فانهما اذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك أيضا وسيجيء

 من الشارح في الصحيفة الثانية من الورق الآتي قال الاتقاني نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام أبي بكر المعروف بخواهر زاده فان ادعيا الشراء من واحد والعين في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء فانه يقضى بالدار بينهما نصفين ثم يخير كل واحد منهما ان شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وان شاء ترك فجواب الشارح لا يفي بدفع ما اذا أورد عليه فليتأمل

(فان قضى القاضى به بينهما فقال أحدهما لاأختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه) لانه صار مقضيا عليه فى النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف مالو قال ذلك قبل تخيير القاضى حيث يكون له أن يأخذ الجميع لانه يدعى الكل ولم ينفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما) لانه أثبت الشراء فى زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به

بكونهما فى وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سببا فى وقت أطلق له الشهادة به اه واعترض بعض الفضلاء على جوابه حيث قال فيه بحث فانهما اذا شهدا بكونهما فى وقت واحد فالجواب ذلك أيضا وسيجىء من الشارح التصريح به فى الورق الآتى وذكره الاتقانى ههنا ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فجواب الشارح لا يفى بدفع ما اذا أورد عليه انتهى أقول مبنى جواب صاحب العناية ههنا تقييده مسئلة الكتاب فيما سبق بقوله من غير توقيت فحينئذ يتم جوابه فان ما يحتاج اليه من الجواب ههنا انما هو مقدار ما يدفع السؤال عن مسئلة الكتاب وقد حصل هذا على ذلك التقييد وأما دفع السؤال عن مسئلة أخرى غير مذكورة فى الكتاب ففضلة من الكلام ههنا فلا ضير فى عدم وفاء جوابه بذلك نعم تقييده هنالك ليس بمناسب رأسا كما بيناه ولكنه كلام آخر موضعه ثمة ثم ان ههنا جوابا آخر دافعا للسؤال عن المسئلتين معا ذكره أيضا صاحب الكافى وعامة الشراح وهو أن البيعين يتصور وقوعهما فى وقت واحد بان وكل المالك رجلين كل واحد منهما على الانفراد بان يبيعا عبده فباعه كل واحد من الوكيلين معا من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل ويضاف عقده الى الموكل مجازا فثبت أنه لا يستحيل ورود البيعين فى زمان واحد من رجل واحد على عين واحدة كملا (فان قضى القاضى به) أى بالعبد (بينهما) أى بين المدعيين (فقال أحدهما لاأختار) أى لاأختار الاخذ (لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لانه) أى الآخر (صار مقضيا عليه فى النصف فانفسخ البيع فيه) أى فى هذا النصف والعقد متى انفسخ بقضاء القاضى لا يعود الا بتجديد ولا يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه أجاب بقوله (وهذا لانه خصم فيه) أى فى النصف المقضى به (لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف مالو قال ذلك) أى بخلاف مالو قال أحدهما لاأختار الاخذ (قبل تخيير القاضى) اى قبل القضاء عليه بالخيار (حيث يكون له أن يأخذ الجميع لانه يدعى الكل) وحجته قامت به (ولم ينفسخ سببه) أى لم ينفسخ سبب استحقاق الكل فى شئ (والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد) يعنى انما كان القضاء له بالنصف لمانع وهو مزاحمة صاحبه له فاذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضى له بالكل (ونظيره) أى نظير ما قال أحد مدعيى الشراء لاأختار الاخذ قبل تخيير القاضى (تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء) أى تسليم أحدهما الشفعة قبل قضاء القاضى بها لهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميع الدار (ونظير الاول) أى نظير ما قال أحد مدعيى الشراء لاأختار الاخذ بعد قضاء القاضى لهما بالخيار (تسليمه بعد القضاء) أى تسليم أحد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضى بها لهما حيث لا يكون للآخر الا أخذ نصف الدار واعلم أنه لم يذكر فى بعض نسخ الهداية قوله والعود الى النصف للمزاحمة الى ههنا وذكر فى بعضها ولهذا لم يقع شرحه فى بعض الشروح ووقع فى بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده فى بعض النسخ (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف (لانه أثبت الشراء فى زمان لا ينازعه فيه أحد) فاستحقاقه من ذلك الوقت (فاندفع الآخر به) اذ قد تبين به أن

ان تبطل البينتان قلنا الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا ويتصور البيعان فى وقتين من واحد لعين واحدة فكل واحد منهما اعتمد سببا اطلق له الشهادة فيجب العمل به بحسب الامكان ولان البيعين يتصور وقوعهما فى وقت واحد من وكيل المالك فيضاف عقد الوكيل الى الموكل مجازا بان وكل رجلين بان يبيعا داره فباع كل واحد منهما من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل فثبت انه لا يستحيل ورود البيعين فى زمان واحد من رجل واحد (قوله لانه صار مقضيا عليه

ولو

(فان قضى القاضى به بينهما نصفين فقال أحدهما لاأختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه) والعقد متى انفسخ بقضاء القاضى لا يعود الا بتجديد ولا يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه أجاب بقوله (وهذا لانه خصم فيه) أى فى النصف المقضى به (لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف مالو قال ذلك قبل تخيير القاضى) وهو القضاء عليه حيث كان له أن يأخذ الجميع لانه يدعى الكل والحجة قامت به ولم ينفسخ سببه وزال المانع وهو مزاحمة الآخر (قوله حيث يكون له أن يأخذ الجميع) يشير الى أن الخيار باق وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده انه لا خيار له وهو الظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما

(قوله وقوله حيث يكون له الى قوله يشير الى أن الخيار الخ) أقول والافكان ينبغى أن يقول حيث يأخذ الجميع ولا يبعد حمل كلام المصنف على المشاكلة (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول أراد الاتقانى

(ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت) لثبوت ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك (وان لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى) ومعناه أنه فى يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه

الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلا (ولو وقتت احداهما) أى احدى البينتين (ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك) أقول فيه شئ وهو أن الآخر أثبت الملك أيضا وانما الشك فى أنه قبل ذلك الوقت أو بعده فاحتمال قبليته يقتضى رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضى العكس فما الوجه فى العمل بالاحتمال الثانى على أن الشك فى أن أحدهما مقدم على الآخر أو مؤخر عنه يستلزم الشك أيضا فى أن الآخر مقدم عليه أو مؤخر عنه فلم يظهر الرجحان فى جانب فالوجه ما ذكره صاحب الكافى حيث قال ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى قضى به لصاحب الوقت لانه يثبت له الملك فى ذلك الوقت والذى لم يوقت يثبت ملكه فى الحال لان شراءه حادث فيضاف حدوثه الى أقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شراء المؤقت سابقا فكان أولى انتهى (وان لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف (ومعناه) أى ومعنى قوله ومع أحدهما قبض (أنه فى يده) أى القبض ثابت فى يده معاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع أحدهما قبض يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو فى الحال فى يد البائع وجاز أن يكون الحكم هنالك على خلاف هذا حيث ذكر فى الذخيرة ثبوت اليد لاحد المدعيين بالمعاينة كذا فى النهاية وغيرها أقول بقى ههنا كلام وهو أن الظاهر أن هذه المسئلة والمسئلة السابقة التى كانت مذكورة أيضا فى مختصر القدورى وهى قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما وكذا المسئلة التى ذكرها المصنف فى البين وهى قوله ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فهو صاحب الوقت كلها من شعب المسئلة المارة وهى قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد ومتفرعاتها يرشد اليه انه لم يعد فى شئ منها لفظ الادعاء ولا ذكر اقامة البينة كما كان الاسلوب المطرد عند الانتقال الى مسئلة مستقلة وقد قال المصنف فى صدر المسئلة معناه من صاحب اليد فاقتضى ذلك أن يكون وضع المسئلة فيما اذا كان المدعى فى يد البائع وقال ههنا ومعناه أنه فى يده أى فى يد أحد المدعيين فاقتضى هذا أن يكون المدعى فى يد المشترى فكان مخالفا وضع المسئلة فليتامل فى التوجيه (لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) تعليل للمسئلة المذكورة قال صاحب العناية وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احداهما أن الحادث يضاف الى أقرب الاوقات والثانية أن ما مع البعد بعديته زمانية فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى أقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما فى الحال وقبض القابض مبنى على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخا وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى انتهى أقول قد أخذ هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافى وعليه عامة الشراح لكن لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن ما جرت عليه عادة المصنف فى أساليب تحريره من ايجاز الكلام وتنقيح المرام ما يأبى أن

بالنصف فانفسخ البيع فيه) فان قيل الفسخ انما يكون ان لو كان البيع موجودا قلنا البيع ان كان موجودا فظاهر وان لم يكن فلا يتمكن من الاخذ وهذا لان استحقاق كل واحد منهما الكل ثابت نظرا الى بينته وانما لا يظهر فى النصف بوجود بينة صاحبه فكان دليل استحقاق الكل قائما فيفسخ نظرا الى الدليل (قوله ومعناه انه فى يده) أى العبد فى يده معاينة فى الحال وذكر فى الذخيرة ثبوت اليد لاحد المدعيين بالمعاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع احدهما قبض يجوز ان يحمل على القبض المشهود به وهو فى الحال فى يد البائع وجاز ان يكون الحكم هنالك على خلاف هذا (قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق

لانه اثبت الشراء فى زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به ولو وقتت احداهما دون الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه فى ذلك الوقت مع احتمال الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى بالشك ولو لم يذكرا تاريخا لكنه فى يد أحدهما فهو أولى (لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احداهما أن الحادث يضاف الى أقرب الاوقات والثانية أن ما مع البعد بعديته زمانية فهو بعد اذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى أقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما فى الحال وقبض القابض مبنى على شرائه ومتاخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخا وقد تقدم أن التاريخ المتقدم

ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا

يكون مراده ذلك اذ لو اراد لاكتفى بان قال لان قبضه يدل على سبق شرائه اذ يحصل به ما هو مدار ذلك التحقيق فلا يبقى لذكر تمكنه من قبضه موقع حسن فعندي أن تحقيق مراده هو أن تمكن أحدهما من قبض المدعى يدل على كون شرائه اياه سابقا اذ لو كان شراء غير القابض اياه سابقا لما تمكن القابض من قبضه فانه يصير حينئذ ملكا لغير القابض والانسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل انما يتمكن من قبض ملك نفسه فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه وهذا المعنى مع كونه ظاهرا من عبارة المصنف بلا كلفة وبلا توقف على بسط مقدمة أجنبية ستظهر ثمرته الجليلة عن قريب ان شاء الله تعالى (ولانهما استويا في الاثبات) أي ولان القابض وغير القابض استويا في اثبات الشراء بالبينة وللقابض أمر مرجح وهو يده الثابتة بالمعاينة لان غير القابض يحتمل أن يكون قبل القابض في العقد فينقض يد القابض وأن يكون بعده في العقد فلا ينقض يده فصار أمره مشكوكا (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) لا يقال بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فينبغي أن ترجح بينة غير القابض لانا نقول بينة الخارج انما تكون أولى من بينة ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا أما اذا ادعيا الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافي ههنا وقد مر جوابه في مواضع منها ما مر في أوائل باب اليمين قال صاحب العناية وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فان الخارج هنالك أولى والجواب أن كل واحد من المدعين ثمة يحتاج الى اثبات الملك لبائعه أولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج أولى وههنا ليس كذلك انتهى وقد سبقه الى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية وزاد في البيان حيث قال فاما ههنا فلا يحتاجان الى اثبات الملك بل هو ثابت بتصادقهما عليه انما حاجتهما الى اثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض أقوى لتأكده بالقبض فكان هو أولى انتهى أقول في الجواب بحث وهو أن الذي يثبت لكل واحد من المدعين الملك له ثمة وهو بائع أن كل واحد منهما ليس بذي يد بل هو خارج كغير القابض من المدعين وكون بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فيما اذا أثبتا الملك لانفسهما مسلم وأما فيما اذا أثبتاه لخارج آخر فممنوع ألا يرى أن الدليل الذي ذكر والاثبات كون بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد وهو أن بينة الخارج أكثر اثباتا أو اظهارا فان قدر ما أثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد دليل مطلق الملك انتهى انما يجري فيما اذا أثبتا الملك لانفسهما الا فيما اذا أثبتاه لخارج آخر كما لا يخفى فتامل (وكذا لو ذكر الآخر وقتا) أي ولو ذكر غير القابض وقتا كان العبد لذي اليد أيضا (لما بينا) قال صاحب العناية بل عامة الشراح قوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه أقول يرد عليهم أنهم حملوا قول المصنف فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبني على المقدمتين كما مر وذلك التحقيق لا يجري فيما اذا ذكر الآخر وقتا لانه لما ثبت شراء الآخر الذي هو غير القابض في وقت معين لم يبق مجال لان يضاف الى أقرب الاوقات لان اضافة الحادث الى أقرب الاوقات انما تتصور فيما اذا لم يثبت التاريخ فلم تحصل المقدمة الاولى ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض أضيف الى أقرب الاوقات الذي هو الحال فلم يكن شراء غير القابض بعد شراء القابض فلم تحصل المقدمة الثانية وأما شراء القابض فانه وان كان سابقا على قبضه في الظاهر حملا لفعل المسلم على الصلاح دون الغصب كما ذكروا فيما مر الا أنه ليس بمتعين السبق على الوقت الذي ذكره الآخر بل يحتمل أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى بالشك مثل ما ذكره المصنف فيما اذا لم يوقت أحدهما ووقت الآخر ولم يكن لاحدهما قبض فالصواب أن يحمل قول المصنف فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذي ذكرناه

شرائه) لان القبض بناء على العقد الثابت بالبينة ظاهرا حملا لفعل المسلم على الصلاح لا على الغصب وقبضه اقترن بعقد الآخر لان كل واحد منهما حادث فحكم بوقوعهما معا فيتقدم عقد صاحب القبض ضرورة (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وذكر الخبازي انه يرجع الى النكتة

الا

أولى (ولانهما استويا في الاثبات) وبينة غير القابض قد تكون مما ينقض اليد وقد لا تكون (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة وأحدهما قابض فان الخارج هنالك أولى والجواب أن كل واحد من المدعين ثمة يحتاج الى اثبات الملك لبائعه أولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج أولى وههنا ليس كذلك (وكذا اذا ذكر الآخر) يعني بينة الخارج (وقتا) فذو اليد أولى لان بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذي اليد (وقوله لما بينا) اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه

(قوله وبينة غير القابض قد تكون الخ) أقول اذا كانت شهادتهم بالشراء المقدم (قوله وقد لا يكون) أقول اذا كان المشهود به الشراء المتاخر (قوله يحتاج الى اثبات الملك) أقول أي الملك المطلق (قوله وههنا ليس كذلك) أقول لاتفاقهما على أن الملك كان للبائع (قوله وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه الخ)

الا أن يشهد شهود الخارج أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد فانه تنقض بها اليد (لان الصريح يفوق الدلالة واذا ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) قال المصنف (معناه من واحد) احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين كما سيجيء (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لانه (لكونه معاوضة من الجانبين) كان أقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض وكذا اذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض وقوله (لما بينا) اشارة الى ما ذكر من الوجهين في أن الشراء أقوى (واذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء ويقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع) فان قيل لا نسلم

الا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال (وان ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) معناه من واحد (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لان الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما) لاستوائهما في وجه التبرع

هنالك ثم يجعل قوله ههنا لما بينا اشارة الى ذلك القول اذ المعنى المذكور يتمشى فيما نحن فيه أيضا كما لا يخفى وهذا هو الثمرة التي أشرنا اليها فيما مر آنفا (الا أن يشهدوا) أي شهود الخارج (أن شراءه) أي شراء الخارج كان (قبل شراء صاحب اليد) فحينئذ يكون الخارج أولى (لان الصريح يفوق الدلالة) يعني أن تقدم عقد الخارج حينئذ يثبت بتصريح شهوده وتقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (قال) أي القدوري في مختصره (وان ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) قال المصنف (معناه من واحد) أي معنى ما قاله القدوري ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد وانما قيد به احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين فان المدعين حينئذ سواء ولا أولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد ثم ان تمام لفظ القدوري (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) وكذا الحكم اذا أرخا وتاريخهما على السواء كما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام (لان الشراء أقوى) أي من الهبة (لكونه معاوضة من الجانبين) والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للاكثر فكانت أولى لان البينات تترجح بكثرة الاثبات (ولانه يثبت الملك بنفسه) عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين لا على قوله لان الشراء أقوى أي ولان الشراء يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شيء (والملك في الهبة يتوقف على القبض) ولا شك أن ما يثبت الملك بذاته أقوى مما يثبته بواسطة الغير فكان هذا دليلا آخر على كون الشراء أقوى من الهبة يشهد بذلك قول المصنف فيما سيأتي لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة فيثبت الملك بنفسه انتهى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان أقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى أقول الظاهر من تحريره هذا كما ترى أنه جعل قول المصنف ولانه يثبت الملك بنفسه معطوفا على قوله لان الشراء أقوى فجعل كلا منهما دليلا مستقلا على أصل المسألة وهو أولوية الشراء كما هو صريح كلام صاحب الكافي ههنا لكن لا يخفى على ذي مسكة أن قول صاحب العناية بعد هذا وقوله لما بينا أشار الى ما ذكر من الوجهين في أن الشراء أقوى انتهى ظاهر الدلالة على أن يكون قول المصنف ولانه يثبت الملك الخ معطوفا على قوله لكونه معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجها مستقلا لكون الشراء أقوى كما قررناه فيما قبل فبين كلاميه تدافع لا يخفى (وكذا الشراء والصدقة مع القبض) أي كذا الحكم اذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض (لما بينا) اشارة الى ما ذكره في المسئلة السابقة من الوجهين لكون الشراء أقوى (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء) يعني اذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء (حتى يقضى بينهما) أي نصفين كذا في الكافي وغيره (لاستوائهما في وجه التبرع) فان قيل لا نسلم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل

الآخرة وهي قوله استويا في الاثبات لانه كما احتمل سبق التاريخ على شراء ذي اليد احتمل سبق اليد على شراء المؤرخ فلا ينقض اليد الثابتة بالشك (قوله وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد)

أقول لا بد من التأمل انه هل يتمشى هنا تحقيقه المبني على المقدمتين بل الظاهر أنه اشارة الى قوله لا تنقض اليد الثابتة بالشك الآن قوله لان الصريح الخ يؤيد الاول (قوله ولان الشراء الى قوله ثابتين معا الخ) أقول بل يثبت الشراء مع القبض اذ الحادث يضاف الى أقرب الاوقات على ما مر آنفا فلا يثبت مطلوبه الذي هو سبق ملك مدعي الشراء هذا والظاهر أن قوله ولانه يثبت الملك بنفسه الخ دليل آخر لكون الشراء أقوى لا لكونه أولى فافهم يشهد لذلك قوله في دليل المسئلة الآتية لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه كما لا يخفى (قوله دون الهبة لتوقفها على القبض) أقول فكان ملك مدعي الشراء سابقا (قوله واذا ادعى أحدهما الشراء الخ) أقول والظاهر أنه اذا ادعى أحدهما أنه قبضها عوضا عن هبة والآخر الشراء فكذا جواب المسئلة لهذين الدليلين بعينهما

التساوى فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة أجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم وتقريره أن الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع الى المآل
أى بما يظهر أثره فى ثانى الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع فى المستقبل ولا ترجيح بما يرجع الى المآل

ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم فى الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة فى الشائع وصار كاقامة البينتين على الارتهان وهذا أصح

الرجوع دون الهبة أجاب بقوله (ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل) أى يظهر أثره فى ثانى الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع فى المستقبل (والترجيح بمعنى قائم فى الحال) اى الترجيح انما يقع بمعنى قائم فى الحال لا بمعنى يرجع الى المآل وأجيب أيضا بان امتناع الرجوع فى الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولهذا لو وقعت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها أيضا لحصول المقصود وهو صلة الرحم (وهذا) أى القضاء بالتنصيف بينهما (فيما لا يحتمل القسمة) كالحمام والرحى (صحيح وكذا فيما يحتمله) أى فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان (عند البعض لان الشيوع طارئ) يعنى أن كل واحد منهما أثبت قبضه فى الكل الا أنه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه فكان الشيوع طارئا وذا لا يمنع صحة الهبة والصدقة (وعند البعض لا يصح) ولا يقضى لهما بشئ (لانه تنفيذ الهبة فى الشائع) فصار كاقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول أبى حنيفة أما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغى أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح أنه لا يصح فى قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضى له بالعقد الذى شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضى وتمكن الشيوع فى الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها كذا فى العناية

احترز به من ان يكون من اثنين فانهما سواء فيه ولا أولوية للشراء على الهبة حينئذ على ما يجىء بعد هذا فى قوله ولو ادعى احدهم الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره الى ان قال قضى بينهم ارباعا والفرق هو انهما اذا ادعيا الشراء والهبة من واحد لا يحتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما فانه ثابت بتصادقهما وانما الحاجة فى اثبات سبب الملك عليه وفى اثبات سبب الملك لنفسهما الشراء اقوى من الهبة لانه عقد ضمان موجب للملك فى العوضين والهبة تبرع ولان سبق ثبوت الملك بالشراء على ثبوت الملك فى الهبة انما يتصور فيما اذا كان الملك واحدا لان الشراء موجب للملك بنفسه والهبة لا توجب الملك الا بعد القبض فكان ملك مدعى الشراء سابقا فكان هو اولى أما اذا ادعيا الشراء والهبة من اثنين فهما محتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما و ينتصب كل واحد منهما خصما عن ملكه فى اثبات الملك له اولا ثم لنفسه والحجتان فى اثبات الملك لهما سواء فيقضى به بينهم الذلك كذا فى المبسوط (قوله ولا ترجيح باللزوم) لو ادعى احدهما الهبة والقبض والآخر الصدقة والقبض واقاما بينة قضى بينهما نصفين لاستوائهما فى التبرع والافتقار الى القبض ولا ترجح الصدقة على الهبة باعتبار معنى اللزوم لان اثر اللزوم يظهر فى ابطال حق الرجوع وذلك حكم يظهر فى ثانى الحال والترجيح انما يقع بمعنى قائم فى الحال لا بمعنى يرجع الى المآل ولان امتناع الرجوع لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولو حصل المقصود بالهبة وهو صلة الرحم لم يرجع فيها أيضا (قوله لان الشيوع طارئ) لان كل واحد منهما اثبت قبضه فى الكل الا انه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه وهذه المزاحمة بعد القبض فكان الشيوع طارئا فى المبسوط ولو ادعى رجل هبة مقبوضة وادعى الآخر صدقة مقبوضة واقاما البينة فان وقتت احدى البينتين ولم توقت الاخرى قضيت بها لصاحب الوقت لان كل واحد منهما اثبت سبب ملك حادث وانما يحال بحدوثه الى اقرب الاوقات وقد اثبت احدهما تاريخا سابقا بالتوقيت فيقضى بها له وان كان فى يده لم يوقت شهوده قضيت بها له لان قبضه دليل سبق عقده وهو دليل معاين والتوقيت فى حق

لان الترجيح انما يكون بمعنى قائم فى الحال (وهذا) أى الحكم بالتنصيف بينهما (فيما لا يحتمل القسمة) كالحمام والرحى صحيح (وكذا فيما يحتملها) كالدار والبستان (عند البعض) لان كل واحد منهما أثبت قبضه فى الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة (وعند البعض لا يصح) ولا يقضى لهما بشئ (لانه تنفيذ الهبة فى الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان) قيل هذا قول أبى حنيفة أما عند أبى يوسف ومحمد فينبغى أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح أنه لا يصح فى قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضى له بالعقد الذى شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضى وتمكن الشيوع فى الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها

(قوله ترجيح بما يرجع الى المآل) أقول لا ترجيح بما يرجع الى المآل بل الترجيح انما يكون بمعنى قائم فى الحال (قوله اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع فى المستقبل) أقول فان قيل ظهور الاثر فى ثانى الحال انما هو لقوة العقد فى الحال فيثبت المطلوب قلنا لا نسلم بل لحصول الاجر للمتصدق وهو كوصول العوض للواهب فتأمل (قوله وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة) أقول أريد بالهبة ما يعم الصدقة على سبيل عموم المجاز

قال

قال (واذا ادعى أحدهما الشراء الخ) اذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما لاستوائهما فى القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشترى عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند أبى يوسف وقال محمد الشراء أولى لان العمل بالبينات

قال (واذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه فهما سواء) لاستوائهما فى القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبى يوسف وقال محمد الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه

وغيرها (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا ادعى أحدهما الشراء) أى شراء شئ كعبد مثلا من رجل (وادعت امرأته أنه) أى ذلك الرجل (تزوجها عليه) أى تزوج المرأة المدعية على ذلك المدعى (فهما سواء) أى يقضى بذلك المدعى بينهما نصفين (لاستوائهما) أى لاستواء الشراء والنكاح (فى القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه) هذا اذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء أما اذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالاسبق أولى كذا فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده وعن هذا قال صاحب العناية فى تقرير مسئلة الكتاب اذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته انه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما انتهى وفى التبيين للامام الزيلعى ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى وللمشترى نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه انتهى (وهذا) أى الحكم المذكور وهو التسوية بينهما (عند أبى يوسف وقال محمد الشراء أولى ولها على الزوج القيمة) أى وللمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة (لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء) يعنى أن العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجزه المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها (اذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه) بان لا يجيزه صاحبه فتعين تقديم الشراء أقول ههنا اشكال ظاهر وهو أن العمل بالبينتين بتقديم الشراء انما يتصور فيما اذا لم يؤرخا وأما اذا أرخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى والمسئلة تعم الصورتين كما مر آنفا فكيف يتم خلاف محمد ودليله المذكور فى الصورة الثانية ولم يرو عن أحد تخصيص الخلاف بالصورة الاولى وقد تمحل بعضهم فى دفعه فقال ويمكن أن يقال معنى الشهادة على التاريخين المتحدين أن يقول الشهود مثلا كان العقد فى أول الظهر من اليوم الفلانى وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر اذا لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى فتامل قال صاحب العناية وذكر فى الاسرار جواب أبى يوسف عما قاله محمد ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى

الآخر مخبر به وليس الخبر كالمعاينة الا ان يقيم الآخر بينة انه الاول فحينئذ يكون هو اولى لاثباته الملك فى وقت لا ينازعه الآخر وان لم يكن هناك تاريخ ولا قبض معاين لاحد ففيما لا يقسم يقضى به بينهما نصفين لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وفى ما يحتمل القسمة كالدار ونحوها تبطل البينتان جميعا اذا لم يكن فيهما ما يترجح احدهما من قبض أو تاريخ لانا لو علمنا بها قضينا الكل واحد منهما بالنصف لان كل واحد منهما اثبت قبضه فى الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح ان المذكور فى الكتاب قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضى بالعقد الذى شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضى وتمكن الشيوع فى الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها (قوله لاستوائهما فى القوة) فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه فان قيل الشراء مبادلة

مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجزه المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها لان التزويج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة ان لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة وذكر فى الاسرار جواب أبى يوسف عما قاله محمد ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء فهما سواء فى حق ملك العين.

(قوله فان قدمنا النكاح الخ) أقول كيف يقدم اذا أرخا وتاريخهما على السواء وتخصيص الخلاف بما اذا لم يؤرخا خلاف الظاهر من تقريره ويمكن أن يقال معنى الشهادة على أن التاريخين المتحدين أن يقولوا مثلا كان العقد فى أول الظهر من اليوم الفلانى وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر اذ لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدين اثنين وبه ظهر الجواب عن السؤال المذ[illegible]ور

فى رأس الصحيفة السابقة بوجه آخر (قوله وذكر فى الاسرار الى قوله لم يوجب ملك المسمى الخ) أقول فيه بحث اذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد فانه اذا تأخر النكاح ثبت ملك العين فى المسمى لمدعى الشراء صورة ومعنى وللمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الامكان بخلاف ما اذا تساويا

(واذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون و بحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض (وان أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى) لانه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه

كما اذا تأخر الشراء فهما سواء في حق تملك العين انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد فانه اذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الامكان بخلاف ما اذا استويا تاريخا انتهى أقول هذا البحث ساقط لانه لا يثبت ملك العين لمدعية المهر عند تأخر النكاح لا صورة ولا معنى اذ لم نسمع جعل ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف ولئن سلم ذلك فلأبي يوسف أن يقول المقصود من ذكر السبب ملك العين صورة اذ لولاه لاكتفى في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك (وان ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف (وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى) وهو رواية كتاب الشهادات كذا في النهاية ومعراج الدراية وجه القياس قوله (لانها) أي لان الهبة (تثبت الملك) أي ملك العين (والرهن لا يثبته) فكانت بينة الهبة أكثر اثباتا فهي أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون) ولهذا قالوا ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين (و بحكم الهبة) أي المقبوض بحكم الهبة (غير مضمون وعقد الضمان أقوى) أي من عقد التبرع ولان بينة الرهن تثبت بدلين المرهون والدين والهبة لا تثبت الا بدلا واحدا فكانت أكثر اثباتا فكانت أولى كذا في الشروح (بخلاف الهبة بشرط العوض) يعني لا ترد الهبة بشرط العوض نقضا حيث كانت أولى من الرهن (لانه بيع انتهاء) أي لان الهبة بيع انتهاء وتذكير الضمير الراجع الى الهبة باعتبار الخبر أو بتأويل العقد (والبيع أولى من الرهن لانه) أي البيع (عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض) أي فكذا الهبة بشرط العوض أولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء فان قلت الترجيح بمعنى قائم في الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فتكون كالهبة مع الصدقة قلت نعم هي معاوضة انتهاء ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معاوضة انتهاء ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معاوضة ابتداء نظرا الى المقصود بخلاف اللزوم في الصدقة فانه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائما في الحال لا نظرا الى العقد ولا الى العاقد ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة (وان أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لانه) أي لان صاحب التاريخ الاقدم (أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه) أي والفرض أن الآخر لم يتلق منه

المال بالمال ويوجب الضمان في العوضين والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في المنكوحة فكان الشراء أقوى قلنا النكاح أقوى لان الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في المشترى ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشترى وفيما قال محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ بين العقدين لا يثبت الا بحجة ولا يكون عملا بالبينتين أيضا لان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء وهما سواء في حق ملك العين (قوله وفي القياس الهبة أولى لانها تثبت الملك) أي لان الهبة تثبت ملك العين والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة لملك العين أكثر اثباتا فكان أولى (قوله وعقد الضمان أولى)

(واذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاماها فالرهن أولى) وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته) فكانت بينة الهبة أكثر اثباتا فهي أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون) و بحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع ولا ترد الهبة بشرط العوض فانها أولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة (وان أقاما الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى لانه أثبت أنه أول المالكين) وكل من هو كذلك

قال

لا يتلقى الملك الا من جهته والفرض أن الآخر لم يتلق منه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا وقول محمد أولا ثم قال محمد يقضي بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان أرخ أحدهما دون الآخر ففي النوادر عن أبي حنيفة أنه يقضي بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في أصح الروايات وعلى قول أبي يوسف يقضي لمن أرخ وعلى قول محمد يقضي لمن لم يؤرخ لانه يدعي أولية الملك وسيأتيك تمام بيانه ان شاء الله تعالى (ولو ادعيا الشراء من واحد وأقاماها ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء قضى به بينهما وان أرخا تاريخين متفاوتين فالاول أولى لما بينا) أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وأن الآخر اشتراه من غير مالك

قال (ولو ادعيا الشراء من واحد) معناه من غير صاحب اليد

هذا قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف آخرا وبه قال محمد أولا وأما على قول محمد آخرا فيقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ففي النوادر عن أبي حنيفة أنه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في أصح الروايات وعلى قول أبي يوسف يقضى للذي أرخ وعلى قول محمد يقضى للذي لم يؤرخ لانه يدعي أولية الملك كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وسيأتي تمام بيانه في الكتاب ان شاء الله تعالى (قال) أي القدوري في مختصره (ولو ادعيا الشراء من واحد) قال المصنف (معناه من غير صاحب اليد) أي معنى قوله من واحد من غير صاحب اليد قال صاحب النهاية ليس في تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد زيادة فائدة فان في هذا الحكم المترتب عليه وفي سائر الاحكام لا يتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو من غيره بعد أن يكون البائع واحدا لانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا فان أرخا وتاريخهما على السواء ولم يؤرخا فالدار بينهما نصفان لانهما استويا في الدعوى والحجة وان أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى لانه أثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه أحد فيثبت شراؤه من ذلك الوقت ويتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى تقليلا لنقض ما هو ثابت لانا اذا جعلنا المؤرخ أولى فقد نقضنا شراء الآخر لا غير وأما اذا قضينا للذي لا تاريخ له لنقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعد ما ثبت الامران بالبينة واذا ادعى الخارجان تلقي الملك من واحد آخر بان ادعى رجل أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا سمى رجلا وجاء رجل آخر وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان ذلك بعينه فان لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالدار بينهما وان أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لاسبقهما تاريخا وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى لما قلنا انتهى وقد اقتفى أكثر الشراح أثر صاحب النهاية في مؤاخذة المصنف ههنا بالوجه المذكور وقال صاحب الكفاية قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كي لا يلزم التكرار لانه قال أولا ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد ورتب عليه الاحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور هنا فيثبت بذلك أنه لا فرق بين أن يدعيا الشراء من صاحب اليد أو من غيره في هذا الحكم انتهى أقول الحق ما قاله صاحب الكفاية وتوضيحه أن الامام القدوري لما ذكر هذا الحكم في مختصره مرتين احداهما ههنا والاخرى في أثناء الاحكام المتشعبة من قوله فيما مر ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه حيث قال هنالك ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو

وهذا لانه يثبت البدلين المرهون والدين والهبة لا تثبت الا بدلا واحدا فكانت أكثر اثباتا فصار كالشراء مع الهبة (قوله وان ادعيا الشراء من واحد) معناه من غير صاحب اليد كأنه قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كيلا يلزم التكرار لانه قال أولا ولو ادعى اثنان كل منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد ورتب عليه الاحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور هنا فثبت بذلك أنه لا فرق بين أن يدعيا الشراء من

(قال المصنف ولو ادعيا الشراء الى قوله فالاول أولى) أقول قال العلامة الكاكي تبعا لصاحب النهاية وفي هذا الحكم لا يتفاوت أن يكون بائعهما واحدا أو اثنين لما أن صاحب التاريخ الاقدم أولى وانما يتفاوت الحكم بينهما فيما اذا وقتت احدى البينتين ولم توقت الاخرى على ما ذكر بعد هذا بقوله بخلاف ما اذا كان البائع واحدا انتهى قال العلامة النسفي في الكافي وان ادعيا الشراء من واحد ولم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة وان أرخا واحدهما أسبق تاريخا يقضى لاسبقهما تاريخا اتفاقا بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين لانهما يثبتان الملك لبائعيهما ولا تاريخ لملك البائعين فتاريخ ملكه لا يعتد به وصار كأنهما حضرا وأقاما البينة على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما انتهى وهكذا في الكفاية وشرح الكنز للزيلعي ثم قال في الكفاية

الاسبق أولى رواية واحدة فيما اذا كان البائع واحدا وفيما اذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فيه ذكرنا في الكتاب يشير الى أنه لا عبرة لسبق التاريخ وفي المبسوط ما يدل على أن أسبق التاريخين أولى في ذلك أيضا انتهى فظهر أن ما في النهاية ومعراج الدراية مبني على رواية وما في الكافي والكفاية وشرح الكنز على رواية أخرى وهو مختار صاحب الهداية أيضا على ما يشير اليه كلامه الا أن في الدليل الذي ذكروه على عدم اعتبار السبق في ذلك بحثا فان بينة مدعي الاسبق تثبت لبائعه ملكا سابقا واذا أثبت أحد مدعي الملك المطلق تاريخا أقدم فهو أولى فليتأمل فقوله ولا تاريخ لملك البائعين غير ظاهر بل الظاهر خلافه حيث يتضمن اثبات تاريخ

(وأقاما البينة على تاريخين فالاول أولى) لما بينا انه أثبته فى وقت لامنازع له فيه (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء)

للاول منهما فهم التكرار من كلامه فى الظاهر فصرف المصنف قوله الاول الى ما اذا ادعيا من صاحب اليد وقوله الثانى الى ما اذا ادعيا من غير صاحب اليد احترازا عن التكرار على ما يقتضيه حمل المؤمن على الصلاح فلا غبار فيه أصلا والعجب ممن طعنوا فيه أنهم قالوا بصدد شرح قول المصنف فيما مر معناه من صاحب اليد انما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجىء بعده ذا فى الكتاب انتهى وذلك الكلام منهم اعتراف بان معنى قوله ههنا ولو ادعيا الشراء من واحد ادعياه من غير صاحب اليد اذ لا يجىء فى الكتاب مسئلة ان ادعيا الشراء من واحد غير قوله هذا و بان فائدة التقييد هنالك الاحتراز عن التكرار فكيف لم يتنبهوا لكون فائدة التقييد ههنا أيضا الاحتراز عن التكرار (وأقاما البينة على تاريخين) هذا من تتمة ما سبق أى لو ادعيا الشراء من واحد غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين (فالاول أولى) أى فصاحب التاريخ الاول أولى (لما بينا) أى فى مسئلة ان ادعيا الشراء من صاحب اليد (أنه أثبته) أى أن صاحب التاريخ الاول أثبت الشراء (فى وقت لامنازع له فيه) أى فى ذلك الوقت فاندفع الآخر به (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر) كان أقام أحدهما البينة على الشراء من زيد والآخر على الشراء من عمرو (وذكرا تاريخا فهما سواء) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية أى ذكرا تاريخا واحدا وأما لو ذكرا تاريخين فالسابق أولى لاثبات الملك لبائعه فى وقت لا ينازعه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده كذا فى المبسوط انتهى وقد سلك صاحب العناية مسلكهما فى شرح المقام حيث قال وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء انتهى وقال صاحب الكفاية أخذا من الكافى أى سواء كان تاريخهما واحدا أو كان أحدهما أسبق تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كأنهما حضرا وأقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما فكذا فيمن تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد معين لانهما اتفقا أن الملك كان له وانما يختلفان فى التلقى منه وأسبقهما تاريخا أثبت التلقى لنفسه فى زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له بذلك ولا يقضى للغير بعد ذلك الا اذا ادعى التلقى منه والآخر لا يدعى التلقى منه انتهى وقد سلك الامام الزيلعى هذا المسلك فى شرح هذا المقام من الكنز أقول السر فى اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا الكتاب وغيره فى حل هذه المسئلة هو اختلاف الروايتين عن المجتهدين فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين وكان أحدهما أسبق تاريخا كما صرح به فى معتبرات الفتاوى حيث قال فى فتاوى قاضيخان وان ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر أنه اشتراها من فلان وهو يملكها وأقام آخر البينة أنه اشتراها من فلان آخر وهو يملكها فان القاضى يقضى بينهما وان وقتا فصاحب الوقت الاول أولى فى ظاهر الرواية وعن محمد أنه لا يعتبر التاريخ وان أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بينهما اتفاقا انتهى وقال فى البدائع أما اذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين وان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فالاسبق تاريخا أولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف وكذا عند محمد فى رواية الاصول بخلاف الميراث فانه يكون بينهما نصفين عنده وعن محمد فى الاملاء انه سوى بين الميراث وبين الشراء

صاحب اليد أو من غيره فى هذا الحكم (قوله وذكرا تاريخا) أى سواء كان تاريخهما واحدا أو كان أحدهما أسبق تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كأنهما حضرا وأقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما فكذا فيمن تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد معين لانهما اتفقا أن الملك كان له وانما يختلفان فى التلقى منه وأسبقهما تاريخا أثبت التلقى لنفسه فى زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له بذلك ولا يقضى للغير بعد ذلك الا اذا ادعى التلقى منه والآخر لا يدعى

فكان باطلاقه قيل لا تفاوت فيما ذكر فى الكتاب من الحكم بين أن يكون البائع واحدا أو اثنين وانما التفاوت بينهما اذا أقتت احداهما دون الاخرى على ما سيذكر بعيد هذا وقوله (معناه من غير صاحب اليد) ليس فيه زيادة فائدة فانه لا تفاوت فى سائر الاحكام بين أن يكون ذلك الواحد ذا اليد أو غيره فانه ذكر فى الذخيرة دار فى يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعى أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الاحكام (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر) كان أقام أحدهما على الشراء من زيد والآخر على الشراء من عمرو (وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء

ملك المدعيين اثبات تاريخ ملك البائعين (قوله قيل لا تفاوت) أقول القائل صاحب النهاية (قوله ليس فيه زيادة فائدة) أقول فائدته دفع توهم التكرار فى كلام القدورى (قوله ورتب عليه الاحكام) أقول الى هنا كلام النهاية مع تغيير يسير قال المصنف (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء)

لانهما

لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا) وادعيا وأرخا تاريخا واحدا (ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أن كل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك (ولو أقتت احداهما دون الاخرى قضى بينهما نصفين لان

لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل (ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين) لان توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره

وقال لا عبرة بالتاريخ فى الشراء أيضا الا أن يؤرخا ملك البائعين انتهى وذكر فى الذخيرة أيضا كذلك مع نوع تفصيل وكذا فى غيرها ثم أقول الذى يظهر من نقل تلك المعتبرات أن كون صاحب التاريخ الاسبق أولى فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين ظاهر الرواية وأنه قول أكثر المجتهدين وأكبرهم فحمل مسئلة الكتاب على ما لا ينافيه أولى كما لا يخفى قال المصنف فى تعليل المسئلة المذكورة (لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا) أى فيصير كان البائعين حضرا وادعيا وأرخا تاريخا واحدا (ثم يتخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أى من أن كل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك (ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين) يعنى اذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر وأقاما البينة ووقتت احدى البينتين دون الاخرى قضى بينهما نصفين (لان توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك) أى على تقدم ملك بائعه يعنى أن كل واحد من المدعيين ههنا خصم عن بائعه فى اثبات الملك له وتوقيت احداهما لا يدل على تقدم ملك بائعه (لجواز أن يكون الآخر أقدم) أى لجواز أن يكون البائع الآخر أقدم فى الملك (بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما) أى المدعيين (اتفقا) فى هذه الصورة (على أن الملك لا يتلقى) أى لا يؤخذ (الا من جهته) أى من جهة البائع الواحد فحاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه وهو الشراء لا الى اثبات الملك للبائع (فاذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره) قال صاحب العناية لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة الا اذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره انتهى أقول فيه نظر لان الكلام فى توقيت احدى البينتين لا فى اثباتها اليد فلا يلزم من كون الثابت بالبينة المؤقتة كالملك الثابت المعاين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمنا به بالمقام وانما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا أن يكون شراء من وقتت بينته كالشراء المعاين لثبوته بالبينة ولكن الآخر مشترك فى هذا اللازم لثبوت شرائه أيضا بالبينة نعم بينهما فرق من حيث ان الاول يصير بمنزلة من عاينا شراءه ووقته معلوم متعين عندنا الآن والثانى يصير بمنزلة من عاينا شراءه أيضا ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن بل محتمل للتقدم على الآخر والتأخر عنه الا أن هذا الفرق لا يجدى نفعا اذ الظاهر أنا لا نحكم فى هذه الصورة أيضا لصاحب الوقت المعين ما لم نعرف أنه أسبق من الآخر فالوجه فى تعليل كلام المصنف ههنا أن يقال لان الشراء أمر حادث والحادث يضاف الى أقرب الاوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم فشراء غير المؤقت يضاف الى أقرب الاوقات وهو الحال فيتأخر عن شراء المؤقت حكما وقد أشير الى هذا الوجه ههنا اجمالا فى غاية البيان وشرح تاج الشريعة ومر منا تفصيل نظيره فيما سبق نقلا عن الكافى فتذكر ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ما ذكر من قوله لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الا من جهته وأما الباقى فمشترك بين المسئلتين وذلك لا مدخل له فى الفرق لجواز أن يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب أن لذلك مدخلا فى الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك فى وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضر وان تقدم

التلقى منه (قوله ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) وهو قوله وكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ

توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به) لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك أقول قال الزيلعى يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن انتهى قال الاتقانى أى تاريخا واحدا وان كان تاريخ أحدهما أسبق كان أولى على قول أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف آخرا وهو قول محمد فى رواية أبى حفص وعلى قول أبى يوسف الاول يقضى بينهما انتهى ولا يخفى التدافع بين الكلامين فقيل فى دفعه ان الكلام مبنى على روايتين فما فى غاية البيان مبنى على

رواية ما ذكره الزيلعى والذى يشير اليه كلام الهداية مبنى على رواية أخرى فليتدبر وأنت خبير بان المفهوم من دليل صاحب الهداية بخلاف ذلك (قوله لان توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك) أقول أى ملك بائعه فانه يرجع الى دعوى

الملك المطلق لبائعهما وتوقيت احداهما فى الملك المطلق لا يفيد الاولوية لما سبق آنفا وسيجىء أيضا (قوله لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا) أقول بل الحق تتميمه بقولنا لان الشراء أمر حادث فيضاف الى أقرب الاوقات اذا لم يبين وقته فيتأخر شراء غير المؤرخ حكما الا اذا تبين الخ فلا يرد

حكمنا به فكذا اذا أثبت بالبينة الا اذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره ولقائل أن يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ماذكر من قوله لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الا من جهته وأما الباقى فمشترك بين المسئلتين وذلك لامدخل له فى الفرق لجواز أن يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب أن لذلك مدخلا فى الفرق لان البائع ان كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك فى وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضر وان تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت وأما اذا كان متعددا فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معا وفى ذلك تعارض أيضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض (ولو ادعى رجل الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر وأقاموا البينة على ذلك قضى به بينهم أرباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق) والاطلاق الباعة بطريق التغليب لان البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكيهم قال (وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ الخ) وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك أقدم تاريخا فذو اليد أولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهو رواية عن محمد وعنه أنه لاتقبل بينة ذى اليد رجع اليه محمد روى ابن سماعة عنه أنه رجع عن هذا القول وهو أن بينة ذى اليد اذا كانت أقدم تاريخا كانت أولى من بينة الخارج وقال

(ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعا) لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق قال (وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك أقدم تاريخا كان أولى) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهو رواية عن محمد وعنه أنه لاتقبل بينة

ملك فتعارضا فيرجح بالوقت وأما اذا كان متعددا فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معا وفى ذلك تعارض ايضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى أقول فى الجواب بحث أما أولا فلان قوله لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا ممنوع لجواز أن يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلا فيبيع كل واحد منهما من رجل فى وقت واحد وعقد الوكيل كعقد الموكل فيضاف عقده الى الموكل مجازا كما ذكرنا فيما مر نقلا عن الكافى وعامة الشراح لدفع السؤال بتيقن كذب احدى البينتين وأما ثانيا فلان قوله فيرجح بالوقت غير تام لان الشك فى ملك غير المؤقت يستلزم الشك فى ملك المؤقت لان تقدم أحدهما على الآخر يستلزم تأخر الآخر عنه وكذا تأخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتمال تقدم أحدهما على الآخر وتأخره عنه وهو سبب الشك فى ملكه يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتأخره عنه فيلزم الشك فى ملكه أيضا ولا شك أن الوقت من حيث هو وقت لامدخل له فى ترجيح الملك لاحدهما بل انما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر فاذا كان هذا مشكوكا فلا مجال للترجيح به أصلا وأما ثالثا فلان قوله فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض غير معقول لان التعارض متى تضاعف لا يزيد شيأ على التساوى والتساقط فما يصلح للترجيح فى مرتبة من التعارض ينبغى أن يصلح له فى سائر المراتب منه ولعمرى ان صاحب العناية قد تصنع فى حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح ولكن ما أتى بشئ يعتد به كما عرفت وان فيما ذكرناه من الوجه فى تعليل كلام المصنف ههنا لمندوحة عن جميع ماذكره فتفكر (ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر) وأقاموا البينة (قضى بينهم أرباعا) وهذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا وقال فى تعليلها (لانهم يتلقون الملك من باعتهم) وفى بعض النسخ من بائعهم وكلاهما بطريق التغليب لان البائع واحد من المملكين الاربعة فكان المراد منه مملكيهم وفى بعض النسخ من ملقيهم استدلالا بلفظ يتلقون كذا فى النهاية ومعراج الدراية (فيجعل كأنهم) أى المملكين (حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق) لانفسهم وثمة يقضى بينهم أرباعا فكذا ههنا (قال) أى القدورى فى مختصره (وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد البينة على ملك أقدم تاريخا كان أولى) أى كان صاحب اليد أولى قال المصنف (وهذا) أى هذا الحكم (عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهو رواية عن محمد وعنه) أى عن محمد (أنه لاتقبل بينة

نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك

حينئذ سؤاله المصدر بقوله ولقائل أن يقول الخ فليتأمل (قوله لجواز أن يقال من ثبت له الملك الخ) ذى
أقول يعنى فى المسألتين (قوله لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا) أقول فيه بحث لجواز أن يبيع وكيلاه لشخصين فى زمان واحد كما أشار اليه صاحب النهاية (قوله وملك غيره مشكوك ان تأخر) أقول أى ان تأخر الملك والمراد سببه أعنى الشراء ففيه نوع الاستخدام (قوله وان تقدم ملك) أقول لكن لم يملك المؤقت لانه لم يتلف الملك من جهته (قوله فيرجح بالوقت) أقول فيه تأمل فان الملك المعين له الوقت مشكوك أيضا لما ذكره فكيف يصلح الوقت مرجحا (قوله جاز أن يقعا معا) أقول فيه بحث اذ لا يتصور أن يملك الشخصان عينا واحدة فى زمان واحد

لا أقبل من ذى اليد بينة على تاريخ وغيره الا النتاج لان النتاج دليل على أولية الملك دون التاريخ لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء بخلاف ما اذا اقامتا بالتاريخ على الشراء واحداهما أسبق من الاخرى فان الاسبق أولى سواء كان البائع واحدا أو اثنين (ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لايكون الا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة) فان من ادعى على ذى اليد عينا وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة وقدمر قبل هذا قبول بينة ذى اليد فى أن العين فى يده وديعة حتى تندفع عنه دعوى المدعى عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذى اليد على الدفع صارت ههنا بينته بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لاتصح الا بعد اثبات التلقى من قبله فتقبل لكونها للدفع (وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار فى أيديهما) كان صاحب الوقت الاول أولى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وفى قول محمد لامعتبر بالوقت (لما بينا) من الدليل فى الجانبين

ذى اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لايكون الا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار فى أيديهما

ذى اليد رجع اليه) يعنى أن هذا قوله الآخر المرجوع اليه وفى المبسوط ذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد أنه رجع عن هذا القول وهو أن بينة ذى اليد اذا كانت أقدم تاريخا من بينة الخارج كانت أولى بعد انصرافه من الرقة وقال لا أقبل من ذى اليد بينة على تاريخ ولا غيره الا النتاج وما فى معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك بخلاف النتاج كذا فى النهاية ومعراج الدراية قال المصنف فى تعليل ذلك (لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء) قال بعض الفضلاء هذا يحتاج الى البيان أقول فى البيان لما لم تتعرض البينتان لجهة الملك جاز أن تكون جهة الملك أى سببه فى حق صاحب التاريخ المؤخر أقدم فى نفس الامر فيكون صاحب التاريخ المؤخر أسبق من الآخر فى الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر بخلاف ما اذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء واحداهما أسبق من الاخرى حيث كان الاسبق أولى لتعرضه لسبق سبب ملك أحد المشتريين وهو الشراء فلم يبق احتمال أن يكون الآخر أسبق فى الملك (ولهما) أى ولابى حنيفة وأبى يوسف (ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لايكون الا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة) فان من ادعى على ذى اليد عينا وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة وقدمر قبل هذا قبول بينة ذى اليد فى أن العين فى يده وديعة حتى يندفع عنه دعوى المدعى عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذى اليد على الدفع صارت ههنا بينة ذى اليد بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لاتصح الا بعد اثبات التلقى من قبله فتقبل لكونها للدفع كذا فى النهاية والعناية (وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار فى أيديهما) أى لو كانت الدار فى أيديهما كان صاحب الوقت الاول أولى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وفى قول محمد لا يعتبر الوقت وكأنهما قامتا على مطلق الملك فتكون بينهما كذا

(قوله لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك) احترز به عما اذا قامت البينتان على شراء مؤرخ واحداهما أسبق تاريخا من الاخرى فالاسبق أولى رواية واحدة فيما اذا كان البائع واحدا وفيما اذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فما ذكر فى الهداية يشير الى أنه لاعبرة لسبق التاريخ وفى المبسوط ما يدل على أن أسبق التاريخين أولى فى ذلك فقد ذكر فيه ولو ادعيا الملك بالشراء كل واحد منهما من رجل أو من واحد وأرخا واحدهما أسبق تاريخا كان صاحب أسبق التاريخين أولى (قوله متضمنة معنى الدفع) وهذا لان الملك اذا ثبت لشخص فثبوته لغيره بعده لايكون الا بالتلقى منه فصارت بينة ذى اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لاتصح الا بعد اثبات التلقى من قبله وبينته على الدفع مقبولة كبينة المرأة والعبد والامة بالطلاق والعتاق على الوكيل بنقلهم لقصر يد الوكيل عنهم ولان يد ذى اليد دلت على الملك ولكن لاتدل على سبق التاريخ فوجب قبول بينته على التاريخ كما وجب قبول بينته على النتاج لانه انما وجب قبول بينته على النتاج لكون تاريخه أسبق فكذا ههنا (قوله وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار فى أيديهما) فعندهما الدار لصاحب الوقت الاقدم وعند محمد يبطل التقدم وتكون الدار بينهما لان كل واحد منهما خارج وذو اليد ففيما فى يده ذو اليد وفيما فى يد صاحبه خارج فيأخذ كل واحد منهما ما فى

حتى يتصور وقوع البيعين معا وجوابه انا لم ندع صحة البيعين معا كما اذا وقعا على التعاقب فلا يضرنا ما ذكرته

(قوله لان البينتين قامتا على مطلق الملك) أقول تعليل لقوله وعنه أنه لاتقبل بينة ذى اليد الخ وقوله عنه يعنى عن محمد رحمه الله (قوله فكان التقدم والتأخر سواء الخ) أقول يحتاج الى البيان

والمعنى مابينا ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أولى لانه أقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا أرخت احداهما كان صاحب التاريخ أولى ولهما أن بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته

في النهاية نقلا عن الايضاح (والمعنى مابيناه) وهو ماذكره من الدليل في الطرفين (ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق) أي من غير ذكر سبب (ووقتت احداهما) أي احدى البينتين (دون الاخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أولى) انما قيد بالتوقيت لان الخارج وذا اليد اذا أقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم وانما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق بين الخارج وذي اليد عند ذكر التاريخ كذا في النهاية ومعراج الدراية (لانه أقدم) دليل على ماقاله أبو يوسف أي لان صاحب الوقت أقدم (وصار كما في دعوى الشراء) أي وصار الجواب في هذه المسئلة كالجواب في دعوى الشراء (اذا أرخت احداهما) أي اذا أرخت احدى البينتين هنالك (كان صاحب التاريخ أولى) فكذا هنا والجواب أن الشراء معنى حادث فاذا لم يؤرخ حكم بوقوعه في الحال وكان المقدم أولى منه والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال كذا في غاية البيان (ولهما) أي ولابي حنيفة ومحمد (أن بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه) أي لتضمن البينة بتأويل الشاهد (معنى الدفع) لما مر آنفا (ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته) أي من جهة ذي اليد لان بذكر تاريخ احداهما لم يحصل اليقين بان الآخر تلقاه من جهته لاحتمال أن الاخرى لو وقتت كان أقدم تاريخا بخلاف ما اذا أرخا وكان تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم قال صاحب العناية قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لانه لا يقول بذلك والا لزمه المسئلة الاولى وأجيب بان ذلك يجوز أن يكون على قوله الاول انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان أولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الاتقاني في غاية البيان فراجعه انتهى أقول هذا الاعتراض ليس بشئ اذ ليس مراد المجيب ان قول محمد في مسئلتنا هذه أعني أولوية الخارج فيما اذا وقتت احداهما دون الاخرى يجوز أن يكون قوله الاول حتى ينافيه نص العلامة الاتقاني على أنه قوله الآخر بل مراده ان قول المصنف ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع بصدد الاستدلال على قول أبي حنيفة ومحمد في مسئلتنا هذه يجوز أن يكون مبنيا على قول محمد الاول في المسئلة الاولى فلا يلزمه المسئلة الاولى على قوله الثاني هناك وتوضيح المقام أن لمحمد في مسئلتنا هذه قولين قوله الاول انه يقضى للذي لم يوقت وهذا مبني على اعتبار التاريخ حالة الانفراد على خلاف ماعليه أبو حنيفة ووجهه أن غير المؤقت أسبقهما تاريخا باعتبار المعنى وهو دعوى أولية الملك وقوله الآخر ان الخارج أولى وهذا مبني على أنه لاعبرة للتاريخ فكان المؤقت لم يؤقت فتكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر اثباتا على ماهو المعروف من مذهبنا وهو في قوله الآخر في هذه المسئلة مع أبي حنيفة كما انه في قوله الاول في المسئلة الاولى معه وهذا كله مما يفصح عنه ماذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فاذا عرفت هذا فنقول لو أريد الاستدلال على قول محمد الثاني في هذه المسئلة مع رعاية قوله الثاني في المسئلة الاولى

يد صاحبه (قوله والمعنى مابينا) وهو ماذكر من الدليل في الطرفين (قوله لانه أقدم) لانه أثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت تعيينا ومن لم يوقت يثبت للحال وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه (قوله وصار كما في دعوى الشراء اذا أرخت احداهما) يعني اذا ادعيا الشراء من بائع واحد وأرخ أحدهما دون الآخر حينئذ يقضى به للمؤرخ وأما اذا ادعيا الشراء من بائعين فوقت أحدهما دون الآخر قضى بينهما نصفين (قوله ولهما أن بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع) أي دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح

(ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على مطلق الملك ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أولى لانه أقدم وصار كما في دعو الشراء اذا أرخت احداهما كان صاحب التاريخ أولى) وقد مر (ولهما أن بينة ذي اليد انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع) لما مر (ولا دفع ههنا) لانه انما يكون اذا تعين التلقي من جهته وههنا وقع الشك في ذلك لان بذكر تاريخ احداهما لم يحصل اليقين بان الآخر تلقاه من جهته لامكان أن الاخرى لو وقتت كان أقدم تاريخا بخلاف ما اذا أرخا وكان تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم

(قوله انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع لما مر) أقول آنفا

(وعلى هذا اذا كانت الدار بايديهما) فاقام أحدهما بينة على ملك مؤرخ والآخر على مطلق الملك فانه يسقط التاريخ عندهما خلافا لابي يوسف قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لانه لم يقل بذلك والا لزمه المسئلة الاولى وأجيب بان ذلك يجوز أن يكون على قوله الاول (ولو كانت) العين (في يد ثالث والمسئلة بحالها) أي وقتت بينة أحد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى (فهما سواء) يقضى بينهما نصفين (عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف الذي وقت أولى وقال (٣٤٧) محمد الذي أطلق أولى لان الاطلاق

وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف الذي وقت أولى وقال محمد الذي أطلق أولى لانه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن كما لو ادعيا الشراء ولابي حنيفة أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره

لم يحتج الى ذكر المقدمة القائلة ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع بل كفى أن يقال ان بينة ذي اليد لا تقبل عنده أصلا في غير النتاج ومافي معناه لما مر له من الدليل في المسئلة الاولى ولكن المصنف لما قصد الجمع بين أبي حنيفة ومحمد في دليل واحد ليستغني عن ذكر دليل آخر لمحمد استدل على قول أبي حنيفة وقول محمد الآخر في هذه المسئلة بما يجمعهما مراعيا قول أبي حنيفة وقول محمد الاول في المسئلة الاولى فاحتاج الى ذكر تلك المقدمة وهذا هو المراد بالجواب الذي ذكره صاحب العناية فان هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه وقال ذلك البعض ويجوز أن تكون النكتة لابي حنيفة ووجه محمد غير مذكور هنا وقوله لهما من قبيل يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان اه أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن مثل هذا التوجيه في مثل هذا المقام أمر مستبعد جدا من وجوه شتى فتبصر (وعلى هذا) أي الخلاف المذكور (اذا كانت الدار في أيديهما) وأقاما البينة على الملك المطلق فوقتت بينة أحدهما دون بينة الآخر يعني لاعبرة للتاريخ عندهما والدار للمؤرخ عند أبي يوسف (ولو كانت في يد ثالث) أي ولو كانت الدار المدعاة في يد ثالث (والمسئلة بحالها) أي وقتت بينة أحد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى (فهما سواء) أي فالخارجان سواء يعني يقضى بينهما نصفين (عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف الذي وقت أولى وقال محمد الذي أطلق) أي لم يوقت (أولى لانه) أي الاطلاق (دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد) كالاولاد والاكساب (ورجوع الباعة بعضهم على بعض) أي وبدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض فان من أقام بينة على مطلق الملك في جارية مثلا واستحقها وزوائدها يرجع باعتها بعضهم على بعض فكان مدعي مطلق الملك كان مدعيا للملك من الاصل وملك الاصل أولى من التاريخ (ولابي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن) يعني أن العمل بالمتيقن اعلى وأرجح على العمل بالمحتمل (كما لو ادعيا الشراء) أي ادعياه من بائع واحد وأرخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أولى كما مر (ولابي حنيفة أن التاريخ يضامه) أي يزاحمه (احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره) أي اعتبار

الا بعد اثبات التلقي من قبله وهنا وقع الاحتمال في معنى الدفع لوقوع الشك في وجوب التلقي من جهته لجواز أن شهود الخارج لو وقتوا لكان أقدم فاذا وقع الشك في تضمنها معنى الدفع فلا تقبل مع الشك والاحتمال (قوله ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها) أي وقتت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى (قوله بدليل استحقاق الزوائد) أي الزوائد المتصلة والمنفصلة كالاولاد والاكساب (قوله يضامه احتمال عدم التقدم) أي يزاحمه وهذا لان الذي لم يؤرخ كما احتمل أن يكون متأخرا عنه احتمل أن يكون سابقا على تاريخ صاحبه أولان التاريخ ان كان يقضي السبق لفظا من حيث اقتصار دلالة لفظ

دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد) المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب فكان ملكا للاصل وملك الاصل أولى من التاريخ (ولابي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن ولابي حنيفة أن التاريخ يضامه) أي يزاحمه (احتمال عدم التقدم) لان الذي لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى أولية الملك حكما ولاحق من حيث ان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ واذا كان غير المؤرخ سابقا من وجه لاحقا من وجه كان المؤرخ أيضا كذلك فاستويا في السبق والحوق فيجعل كأنهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار

(قوله والا لزمه المسئلة الاولى) أقول ويجوز أن تكون النكتة لابي حنيفة ووجه محمد غير مذكور هنا وقوله لهما من قبيل يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان (قوله وأجيب بان ذلك الخ) أقول فيه بحث فان أولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الاتقاني في غاية البيان فراجعه (قال المصنف وقال محمد الخ) أقول هذا قوله الأول الذي يعتبر فيه السبق بالتاريخ على ماذكره الاتقاني فتأمل أنت وقال الاتقاني وأما على قوله الآخر يجب ان يقضى بينهما نصفين ثم اعلم أن سبق التاريخ قد يكون من حيث المعنى فأبو حنيفة انما يعتبر السبق من حيث النص ومحمد على قوله الاول يعتبر السبق المعنوي أيضا فليتأمل (قوله فكان ملكا للاصل) أقول الظاهر أن يقال فكان ملكا من الاصل

(قوله بخلاف الشراء) جواب عن قول أبي يوسف ومعناه أنهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث ولابد للحدوث من التاريخ فيضاف الى أقرب الاوقات و يترجح جانب صاحب التاريخ قال (وان أقام الخارج وصاحب اليد الخ) وان أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد (بينة بالنتاج فذو اليد أولى) وهو استحسان وفي القياس الخارج أولى و به أخذ ابن أبي ليلى لان بينة الخارج أكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج يثبت بها أولية الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لا يثبت بها

فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه أمر حادث فيضاف الى أقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال (وان أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى) لان البينة قامت على مالا تدل عليه فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له

التاريخ يعني أنه يحتمل أن يكون تاريخ الذي أرخ سابقا على تاريخ صاحبه و يحتمل أن يكون متأخرا عنه فنزلناه مقارناله رعاية للاحتمالين كذا في شرح تاج الشريعة وغيره (فصار) أي فصار حكم هذه المسئلة (كما لو أقاما البينة على ملك مطلق) أي بدون أن يذكرا التاريخ أصلا (بخلاف الشراء) جواب عن قول أبي يوسف كما لو ادعيا الشراء (لانه) أي الشراء (أمر حادث فيضاف الى أقرب الاوقات) وهو الحال (فيترجح جانب صاحب التاريخ) لكون شراء صاحب التاريخ حينئذ سابقا على شراء الآخر من زمان التاريخ لامحالة أقول الآن حصحص الحق من المصنف فانه قد كان استدل على مسئلة الشراء فيما مر بما هو في سمت دليل أبي يوسف ههنا وكنت استشكلته هنالك واخترت ماذكره صاحب الكافي هنالك موافقا لما ذكره المصنف في خاتمة الكلام ههنا فتذكر (قال) أي القدوري في مختصره (وان أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى) سواء أقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده وهذا جواب الاستحسان وأما جواب القياس فالخارج أولى و به أخذ ابن أبي ليلى و وجهه أن بينة الخارج أكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما فكانت بينة الخارج أولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق كذا في النهاية وكثير من الشروح ووجه بالاستحسان ما أشار اليه المصنف بقوله (لان البينة) أي بينة ذي اليد (قامت على مالا تدل عليه اليد) وهو أولية الملك بالنتاج كبينة الخارج (فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له) أي لذي اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده أما قبله فظاهر وأما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا كذا قرر في العناية واكتفى به أقول يرد عليه أن وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ماذكر من وجه القياس لان تساوي البينتين من جهة دلالة كل واحدة منهما على أولية الملك

الدعوى على الحال فعدم التاريخ له دلالة السبق بحسب المعنى كما قال محمد رحمه الله واذا وقع التعارض بين الاحتمالين سقط اعتبار التاريخ وصار كما لو أقاما البينة على الملك المطلق اعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا و برهنا فلا يخلو اما ان يدعيا ملكا مطلقا أو شراء أو ارثا وكل قسم ثلاثة أقسام لانه اما أن يكون المدعى في يد ثالث أو في يدهما أو في يد أحدهما وكل وجه على أربعة أقسام لانه اما أن لا يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق أو أرخ أحدهما دون الآخر وجملة ذلك ستة وثلاثون فصلا وقد عرف ذلك في موضعه (قوله وان أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى) سواء أقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده وهذا جواب الاستحسان وفي

استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان أن بينة ذي اليد قامت على مالا تدل عليه اليد وهو الاولية بالنتاج كبينة الخارج (فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له) سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده أما قبله فظاهر وأما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا واعلم أن بينة ذي اليد انما تترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الاجارة أو الرهن وأما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لان ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو أصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت أصلا فكانت أكثر اثباتا فهي أولى

(قوله لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما الخ) أقول فلا يكون قوله أكثر استحقاقا بمعنى التفضيل ثم اعلم أن قوله بوجه ما متعلق بقوله الثابت (قوله و وجه الاستحسان الخ) أقول فيه بحث اذ لا يظهر فيما ذكره من وجه الاستحسان ما يصلح أن يكون جوابا عن وجه القياس فليتأمل (قوله لان بينته في نفس الامر دافعة الخ) أقول فان قيل ما الفرق بينه و بين ما اذا لم يكن لذي اليد بينة على ايداع الغائب عنده حتى قضى القاضي به للمدعي ثم وجد ذو اليد بينة على الايداع لا تسمع والقضاء للمدعي ماض والدليل الذي ذكره جار فيه قلنا ما أمكن ينبغي أن يصان القضاء عن البطلان وتحفظ الحقوق عن التوى وفي مسئلة الايداع ذلك فان الغائب اذا جاء وأقام البينة يحكم له بخلاف ما نحن فيه النتاج

النتاج لا ينافي أن تكون بينة الخارج أكثر اثباتا للاستحقاق من بينة ذي اليد من جهة اثبات بينة الخارج استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وعدم اثبات بينة ذي اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما على ما صرح به في وجه القياس فينبغي أن تكون بينة الخارج أولى بناء على زيادة الاثبات وقد كان صاحب النهاية والكفاية تداركا ذلك فزادا في تقريرهما شيئا لدفعه حيث قالا وأما قوله ان بينة الخارج أكثر استحقاقا قلنا نعم كذلك الا أن في بينة ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت أولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير فكان أولى ألا يرى أنهما لو ادعيا ملكا مطلقا وأرخا وذو اليد أسبقهما تاريخا يقضى لذي اليد وان كانت في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد انتهى أقول و يرد عليه أن كون بينة ذي اليد مثبتة لاولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير انما نشأ من اثباتها النتاج الذي لا يتكرر وهذا المعنى بعينه موجود في بينة الخارج أيضا لان كلا منافيما اذا أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة على النتاج كما هو صريح مسئلة الكتاب ههنا وفيما اذا لم يذكرا تاريخا فان ما اذا ذكرا تاريخا مسئلة أخرى لها أقسام وأحكام أخر كما سيجيء في آخر هذا الباب فاذا لا معنى لسبق التاريخ في بينة ذي اليد في مسئلتنا هذه فلا تمشية للتوجيه الذي ذكراه ههنا واعلم أن وجه الاستحسان الذي لا يحوم حوله شائبة اشكال ههنا ما روى أبو حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه أن رجلا ادعى ناقة في يدي رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذي هي في يده ثم اعلم أنه ذكر في الشروح أخذا من الذخيرة أن بينة ذي اليد على النتاج انما تترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الاجارة أو الرهن أو ما أشبه ذلك وأما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لان ذا اليد ببينته تثبت ما هو ثابت بظاهر يده من وجه والخارج ببينته تثبت الفعل وهو غير ثابت أصلا فكانت بينة الخارج أكثر اثباتا فهي أولى انتهى ولكن قال عماد الدين في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى الذخيرة وذكر الفقيه أبو الليث في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال دابة في يد رجل أقام آخر بينة انها دابته أجرها من ذي اليد أو أعارها منه أو رهنها اياه وصاحب اليد أقام بينة أنها دابته نتجت عنده فانه يقضى بها لصاحب اليد لانه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الاعارة أو الاجارة أو الرهن والنتاج أسبق من الاعارة والاجارة والرهن فيقضى لذي اليد وهذا خلاف ما ذكر

القياس الخارج أولى و به أخذ ابن أبي ليلى و وجهه أن بينة الخارج أكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما وكانت بينة الخارج أولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق وجه الاستحسان ما رواه أبو حنيفة رحمه الله عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلا ادعى ناقة في يدي رجل وأقام البينة انها ناقة نتجها دابته وأقام ذو اليد البينة انها ناقة نتجها دابته فقضى الرسول عليه السلام للذي هي في يديه ولان يد ذي اليد لا تدل على أولية الملك فهو يثبت ببينته ما ليس بثابت بظاهر يده فوجب قبول بينته ثم تترجح بيده بخلاف الملك المطلق لان هنالك لا يثبت ببينته الا ما هو ثابت بظاهر يده ثم انما قلنا ان ذا اليد لو أقام بينة على دعوى النتاج بعد ما قضى للخارج يقبل بينته لان الخارج ببينته لم يستحق على ذي اليد شيئا فلم يصر ذو اليد مقضيا عليه فتسمع بينته كما تسمع بينة أجنبي آخر وفي دعوى الملك المطلق لو تفرد الخارج باقامة البينة وقضى له ثم أقام صاحب اليد بينة انه له لا تسمع بينته لان الخارج ببينته استحق على ذي اليد الملك الثابت له لظاهر يده فصار ذو اليد مقضيا عليه فلا تسمع بينته بعد ذلك لان بينة الخارج أكثر استحقاقا قلنا نعم كذلك الا أن في بينة ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت أولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير فكان أولى ألا ترى أنهما لو ادعيا ملكا مطلقا وأرخا وذو اليد أسبقهما تاريخا يقضى لذي اليد وان كان في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد قال شيخ الاسلام رحمه الله الحاصل أن بينة ذي اليد انما تترجح على بينة الخارج على النتاج اذا ادعى الخارج الملك المطلق اذا لم يدع الخارج فعلا على

وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن أبان انه تتهاتر البينتان و يترك فى يده لا على طريق القضاء

فى الذخيرة انتهى (وهذا) أى ماذكر من القضاء لذى اليد (هو الصحيح) واليه ذهب عامة المشايخ (خلافا لما يقوله عيسى بن أبان انه تتهاتر البينتان و يترك فى يده) أى يترك المتنازع فيه فى يد ذى اليد (لا على طريق القضاء) أى لا على طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك وجه قوله أن القاضى يتيقن بكذب أحد الفريقين اذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين وفى مثل هذا تتهاتر البينتان كما فى مسئلة كوفة ومكة على ما مر فى أول هذا الباب و وجه صحة ماذهب اليه العامة أن محمدا رحمه الله ذكر فى الخارجين أقاما البينة على النتاج أنه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ماقاله لكان يترك فى يد ذى اليد وكذلك قال لو كانت الشاة المذبوحة فى يد أحدهما وسواقطها فى يد الآخر وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضى بها و بالسواقط لمن فى يده أصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك فى يد كل واحد منهما مافى يده والجواب عن قوله ان القاضى تيقن بكذب أحد الفريقين ماذكرنا فى شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة وهذا لان الشهادة على النتاج لا يلزم فيها معاينة الانفصال من الام بل يكفى رؤية الفصيل يتبع الناقة فكل من الفريقين فى شهادته على النتاج يجوز أن يعتمد سببا ظاهر الاداء الشهادة فيجب العمل بهما ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان مع أن العين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكا لشخصين فى زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ولكن لما وجد القاضى لشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له أداء الشهادة بان عاين أحد الفريقين أحد الخصمين يباشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا ههنا وعن هذا خرج الجواب عن مسئلة مكة وكوفة لان القاضى لم يجد لشهادة الفريقين هناك محملا يطلق لكل واحد منهما أداء الشهادة لان المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق ولا يتصور سماع الفريقين ايقاع الطلاق والعتاق فى يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة لان الشخص الواحد فى يوم واحد لا يكون فى مثل ذينك المكانين عادة فتهاترت البينتان هناك لذلك أما ههنا فبخلافه ثم ان ثمرة الخلاف انما تظهر فى حق تحليف ذى اليد وعدمه فعند عيسى بن أبان يحلف ذو اليد للخارج لان البينتين لما تهاترتا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة أصلا فيقضى

ذى اليد نحو الغصب أو الوديعة أو الاجارة أو الرهن أو ما أشبه ذلك وأما اذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج أولى (قوله وهذا هو الصحيح) وجه الصحة هو ان محمدا رحمه الله ذكر فى خارجين أقام كل واحد منهما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ماقاله لكان يترك فى يد ذى اليد وكذلك قال ولو كانت الشاة المذبوحة فى يد أحدهما وسواقطها فى يد الآخر وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضى بها وبالسواقط لمن فى يده أصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك فى يد كل واحد منهما مافى يده (قوله خلافا لما يقوله عيسى بن أبان رحمه الله انه تتهاتر البينتان و يترك فى يده لا على طريق القضاء) وجه قوله ان القاضى تيقن بكذب أحدهما اذ لا تصور لنتاج دابة من دابتين فلت لا معنى لذلك لان الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة وكل واحد من الفريقين اعتمد سببا ظاهر الاداء الشهادة فيجب العمل بهما ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان مع ان العين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكا للشخصين فى زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ولكن لما وجد القاضى بشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له أداء الشهادة بان عاين أحد الفريقين أحد الخصمين باشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا ههنا وثمرة الخلاف انما تظهر فى حق تحليف ذى اليد وعدمه فعند عيسى بن أبان يحلف ذو اليد للخارج لان البينتين لما تهاترتا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة أصلا فيقضى لذى اليد قضاء ترك بعد

(قوله وهذا) أى ماذكرنا من القضاء لذى اليد (هو الصحيح) واليه ذهب عامة المشايخ (خلافا لما يقوله عيسى بن أبان انه تتهاتر البينتان و يترك فى يد ذى اليد لا على طريق القضاء) لان القاضى يتيقن كذب أحد الفريقين لان نتاج دابة من دابتين غير متصور كمسئلة كوفة ومكة و وجه صحة ذلك أن محمدا ذكر فى خارجين أقام البينة على النتاج أنه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك فى يد ذى اليد والجواب عن قوله القاضى يتيقن بكذب أحد الفريقين ماذكرنا فى شهادة الفريقين على الملكين لان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة بناء على أن الشهادة على النتاج ليست بمعاينة للانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة والفائدة تظهر فى التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يحلف

(قوله كمسئلة كوفة الخ) أقول يعنى فى الشهادة (قوله ليست بمعاينة للانفصال) أقول يعنى لا يلزم فيها معاينة للانفصال

ولو

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج فى يد نفسه (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) لان بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقى من جهته وكذلك اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا (ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا أن يعيدها ذو اليد) لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء

لذى اليد قضاء ترك بعد ما حلف للخارج وعند العامة لا يحلف كذا فى المبسوط والذخيرة (ولو تلقى كل واحد منهما) أى ولو أخذ كل واحد من الخارج وذى اليد (الملك من رجل) على حدة فكان هناك مملكان (وأقام البينة على النتاج عنده) أى وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج عند من تلقى الملك منه (فهو بمنزلة اقامتها على النتاج فى يد نفسه) فيقضى به لذى اليد لان كل واحد منهما خصم عن يتلقى الملك منه فكان المملكين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك ههنا (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) أى خارجا كان صاحب النتاج أو ذا اليد (لان بينته) أى لان بينة صاحب اليد (قامت على أولية الملك فلا يثبت) أى فلا يثبت الملك (للآخر الا بالتلقى من جهته) أى من جهة صاحب النتاج والفرض أن الآخر لم يتلق منه (وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين) بان ادعى أحدهما الملك والآخر النتاج (فبينة النتاج أولى لما ذكرنا) من أن بينته تدل على أولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقى من جهته (ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له) أى للثالث (الا أن يعيدها) أى البينة (ذو اليد) فحينئذ يقضى له (لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية) لان المقضى به الملك وثبوت الملك بالبينة فى حق شخص لا يقضى بثبوته فى حق آخر فان أعاد ذو اليد بينته قضى له بها لتقدم بينة ذى اليد على بينة الخارج فى النتاج وان لم يعد قضى بها للثالث قال فى البدائع فرق بين الملك و بين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق وجه الفرق أن العتق حق الله تعالى ألا يرى أن العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان حق العبد لقدر على ابطاله واذا كان حق الله تعالى فالناس فى اثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم فى العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت فى اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم فى الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة شرعا أو اتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ماعرف ولم يوجد شئ من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز انتهى (وكذا المقضى عليه بالملك المطلق ان أقام البينة على النتاج تقبل) أى تقبل بينته (وينقض القضاء) أى و ينقض القضاء الاول صورته ما اذا أقام الخارج البينة على ذى اليد فى دابة معينة

ما حلف للخارج وعندنا لا يحلف (قوله ولو تلقى كل واحد منهما) أى كل واحد من الخارج وذى اليد والضمير فى عنده يرجع الى رجل ولذلك لو أقام البينة على وراثة أو وصية أو هبة مقبوضة من رجل ولد فى ملك ذلك الرجل لانه يتلقى الملك من جهة مورثه أو من موصيه فيكون خصما عنه فى اثبات نتاجه (قوله لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية) لان التملك بالنتاج لا يكون استحقاقا على أحد لانه تبين أنه من الابتداء كان ملكا له وهو لا يتكرر فلما لم يصر الثالث مقضيا عليه فى تلك الحادثة تسمع بينته (قوله وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل) صورته ما اذا أقام الخارج البينة على ذى اليد فى دابة معينة بالملك المطلق

(ولو تلقى كل واحد) من الخارج وذى اليد (الملك من رجل فكان هناك بائعان (وأقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج فى يد نفسه) فيقضى به لذى اليد كان البائعين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك ههنا (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى) خارجا كان أو ذا يد (لان بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقى من جهته وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا) أنها تدل على أولية الملك فلا يثبت التلقى للآخر الا من جهته (ولو قضى بالنتاج لذى اليد ثم أقام الثالث البينة على النتاج يقضى له الا أن يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية) لان المقضى به الملك وثبوت الملك بالبينة فى حق شخص لا يقتضى ثبوته فى حق آخر فان أعاد ذو اليد بينته قضى له بها لتقدم بينة ذى اليد على بينة الخارج فى النتاج وان لم يعد قضى بها للثالث (وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل و ينقض القضاء

لانه بمنزلة النص) فى دلالته على الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفى القياس
لاتقبل بينته لصيرورته مقضيا عليه بالملك وجوابه أنه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع

لبينة المدعى كان موجودا و القضاء كان خطأ فانى يكون مقضيا عليه فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن أبى ليلى يرجح بينة الخارج فينبغى أن لا ينقض قضاء القاضى لمصادفته موضع الاجتهاد أجيب بان قضاءه انما يكون عن اجتهاد اذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاد بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم مايدفع البينة من ذى اليد فاذا أقام ماتدفع به انتقض القضاء الاول قال (وكذلك النسج فى الثياب الذى لاتنسج الا مرة الخ) قد تقدم أن القياس ماذهب اليه ابن أبى ليلى أن بينة الخارج أولى فى النتاج من بينة ذى اليد وما ذهبا اليه استحسان ترك به القياس فى الثياب التى لاتنسج بما روى جابر رضى الله عنه أن رجلا ادعى ناقة فى يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذى هى فى يده فلا يلحق بالنتاج الا ما كان فى معناه من كل وجه فما

لانه بمنزلة النص قال (وكذلك النسج فى الثياب التى لا تنسج الا مرة) كغزل القطن

بالملك المطلق فقضى القاضى بها له ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بها له و ينقض القضاء الاول كذا فى النهاية والكفاية (لانه بمنزلة النص) أى لان اقامة البينة على النتاج بمنزلة النص فى الدلالة على الاولية قطعا فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص والقضاء ينقض هنالك كذا ههنا وهذا استحسان وفى القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل الا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له وجوابه أنه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعى كان موجودا والقضاء كان خطأ فانى يكون مقضيا عليه كذا فى العناية وغيرها أقول فيه شىء وهو أن فى ظاهر هذا الجواب خروجا عن المسئلة التى نحن بصددها فان عبارة المسئلة هكذا وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل و ينقض القضاء وقد صرح فيها بكونه مقضيا عليه وينقض القضاء فانكار كونه مقضيا عليه ينافيه ظاهر عليه فالاولى فى الجواب أن يقال ان كونه مقضيا لا يضر بقبول بينته لان باقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعى كان موجودا فى نفس الامر ولكن لم يكن ظاهرا عند القاضى فاذا ظهر تبين خطأ القضاء الاول فلم يكن معتبرا فينقض كالقضاء بالظاهر فى خلافه نص قال الشراح فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن أبى ليلى يرجح بينة الخارج فينبغى أن لا ينقض قضاء القاضى لمصادفته موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم مايدفع البينة من ذى اليد فاذا أقام مايدفع به انتقض القضاء الاول انتهى أقول لا يتوجه السؤال رأسا لان كلامنا فى أن المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل و ينقض القضاء وترجيح ابن أبى ليلى بينة الخارج فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذو اليد النتاج على ما بين فيما قبل وذلك غير مانحن فيه وأما ترجيحه بينة الخارج فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد النتاج كما فيما نحن فيه فغير ثابت وقد تتبعت الكتب ولم أظفر بالتصريح بذلك من أحد قط وما ذكروا فيما مر من وجه جواب القياس الذى أخذ به ابن أبى ليلى لا يساعد ذلك جدا كما لا يخفى على المتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (وكذلك النسج) أى النسج كالنتاج فى أنه لا يتكرر وكل حكم عرفته فى النتاج فهو فى النسج كذلك وصورة المسئلة اذا ادعى رجل ثوبا فى يد رجل أنه ملكه بانه نسجه فى ملكه وأقام على ذلك بينة وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد كذا فى النهاية (فى الثياب التى لا تنسج الا مرة واحدة كغزل القطن)

فقضى القاضى بها له ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بها له و ينقض القضاء الاول وهذا استحسان وفى القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل بينته الا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له وجه الاستحسان ان من يقيم البينة على النتاج يثبت أولية الملك لنفسه وان هذه العين حادثة على ملكه فلا يتصور استحقاق هذا الملك على غيره فلم يصر ذو اليد به مقضيا عليه وقد تبين باقامة البينة ان القاضى أخطأ فى قضائه وان أولية الملك لذى اليد فلهذا ينقض قضاؤه بخلاف الملك المطلق فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه فعند ابن أبى ليلى بينة الخارج أولى فينبغى ان لا ينقض قضاء القاضى لمصادفة موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاد بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عند قضائه فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم مايدفع البينة من ذى اليد فاذا أقام حجة الدفع انتقض القضاء الاول (قوله لانه بمنزلة النص) أى اقامة البينة على النتاج

لا يتكرر من أسباب الملك اذا ادعاه به كان كدعوى النتاج كما اذا ادعت غزل قطن أنه ملكها غزلته بيدها و كما اذا ادعى (وكذلك
رجل ثوبا أنه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه أو ادعى لبنا أنه ملكه حلبه من شاته أو ادعى جبنا أنه ملكه صنعه فى ملكه أو لبدا بانه صنعه
أو مرعزى وهى كالصوف تحت شعر العنز أو صوفا مجزوزا بانه ملكه جزه من شاته وأقام على ذلك بينة فادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام

(وكذلك كل سبب فى الملك لا يتكرر) لانه فى معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى و جز الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق

هذا احترازا عن الثياب التى تنسج مرة بعد أخرى كالخز وفى المبسوط النسج فى الثوب موجب لاولية الملك فيه وهو مما لا يتكرر كالنتاج فى الدابة الا أن يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد أخرى كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل و ينسج ثانيا فحينئذ يقضى للخارج (وكذلك كل سبب فى الملك لا يتكرر لانه فى معنى النتاج) قد تقدم أن القياس فى دعوى النتاج ماذهب اليه ابن أبى ليلى من أن بينة الخارج أولى وان ماذهبنا اليه من كون بينة ذى اليد أولى استحسان تركنا القياس فيه بالسنة وهى حديث جابر رضى الله عنه كما رويناه من قبل فلا يلحق بالنتاج الا ما كان فى معناه من كل وجه وكل ما يتكرر من أسباب الملك فهو فى معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص (كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد) أى واتخاذ اللبد (والمرعزى) أى وجز المرعزى اذا شددت الزاى قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففا ممدودا وهى كالصوف تحت شعر العنز كذا فى المغرب (وجز الصوف) فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد لبنا أنه ملكه حلبه من شاته أو ادعى جبنا أنه ملكه صنعه فى ملكه أو ادعى لبدا أنه ملكه صنعه فى ملكه أو ادعى مرعزى أنها ملكه جزها من عنزه أو ادعى صوفا أنه ملكه جزه من غنمه وأقاما على ذلك بينة فانه يقضى بذلك لذى اليد فى هذه الصور كلها لان أسباب الملك فيها لا تكون الا مرة واحدة فكانت فى معنى النتاج من كل وجه فألحقت به (وان كان يتكرر) أى وان كان سبب الملك يتكرر (قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق) قال صاحب النهاية والمعنى فيه أن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج و ينقضه و ينسجه مرة أخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعدما كان ملكا لذى اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذى لا ينسج الا مرة اذا صار لذى اليد بنسجه لا يتصور أن يصير للخارج بنسجه فكان فى معنى دعوى النتاج انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث أما أولا فلان السبب يراد لحكمه كما سيجىء بعد أسطر وأما ثانيا فلانه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك انتهى أقول كلا بحثيه ساقط جدا أما الاول فلانه لا يقضى ههنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسبة الى ذى اليد حيث كان المدعى للخارج بل انما يقضى ههنا ببينة الخارج فقط بناء على كونها أكثر اثباتا كما فى الملك المطلق فلم يعتبر الا سبب واحد هو للخارج بخلاف ماسيجىء بعد أسطر حيث يقضى هنالك على قول محمد بالبينتين على اعتبار السببين و يكون المدعى للخارج فيتجه عليه من قبل الامامين أن يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك وحيث لم يثبت الملك لذى اليد لم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة اليه فلم يعتبر وسيتضح لك الامر هنالك ان شاء الله تعالى وأما الثانى فلان ماذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من الاسباب حتى يقال كيف تنقض اليد الثابتة

بمنزلة نص ظهر بخلاف الاجتهاد وهذا لانه ظهر أنه قضى للمدعى بمطلق الملك مع بينة ذى اليد انها نتجت عنده والقضاء للمدعى فى هذه الحالة باطل فينتقض قضاؤه كما لو ظهر بخلافه (قوله والمرعزى) اذا شددت الزاى قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعزا بفتح الميم مخففا وهى كالصوف تحت شعر المعز الخز اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلى يغزل مرة أخرى ثم ينسج (قوله وجز الصوف) بان اختلفا فى الصوف وأقام كل واحد منهما البينة انه صوفه جزه من غنمه فانه يقضى به لذى اليد لان الجز لا يكون الا مرة واحدة فكان فى معنى النتاج فان قيل كيف يكون الجز فى معنى النتاج وهو ليس بسبب لاولية الملك فان الصوف على ظهر الشاة كان مملوكا له قبل الجز قلنا نعم ولكنه كان كوصف الشاة ولم يكن مالا مقصودا الا بعد الجز ولهذا لا يجوز بيعه وما تنازعا فيه مال مقصود (قوله وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق) والمعنى فيه أن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد

عليه بينة فانه يقضى بذلك لذى اليد لانه فى معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وما تكرر من ذلك قضى به للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلى يغزل مرة أخرى وينسج فاذا ادعى ثوبا أنه ملكه من خزه أو ادعى دارا أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غرسا أنه ملكه غرسه أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حبا آخر من الحبوب وأقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة قضى به للخارج لانها ليست فى معنى النتاج لتكررها

(قال المصنف وان كان يتكرر الخ) أقول فيه أن الشراء سبب يتكرر مع أن بينة ذى اليد أولى فلابد من الفرق (قال المصنف بمنزلة الملك المطلق) أقول قال فى النهاية والمعنى فيه أن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج و ينقضه و ينسجه مرة أخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا لذى اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه انتهى وفيه بحث أما أولا فلان السبب يراد لحكمه كما سيجىء بعد أسطر وأما ثانيا فلانه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك

وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان أشكل يرجع الى أهل الخبرة لانهم أعرف به فان أشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته

بالمحتمل المشكوك بل هو بمجرد بيان كون دعوى الملك بسبب يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى النتاج حيث لا يدل السبب الذي يتكرر على أولية الملك كالنتاج بل يحتمل أن يثبت به الملك أولا وثانيا كالملك المطلق وانما علة القضاء للخارج بعد تقرر ذلك المعنى كون بينة الخارج أكثر اثباتا من بينة ذي اليد كما تحقق في مسئلة دعوى الملك المطلق ولا حاجة الى بيانه ههنا ومفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان واستشكل ذلك البعض قول المصنف وان كان يتكرر قضى به للخارج حيث قال فيه ان الشراء سبب يتكرر ومع أن بينة ذي اليد أولى فلا بد من الفرق أقول اذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذو اليد من رجل آخر فالحكم فيه كحكم ما اذا ادعيا الملك المطلق فلا تفاوت بينهما على ما صرح به في عامة المعتبرات وذكره الشارح الاتقاني فيما مر نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فلا اشتباه هناك وأما اذا ادعيا الشراء من واحد فبينة ذي اليد أولى كما مر في الكتاب فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو أن كلا من الخارج وذي اليد هناك أثبت ببينته الاستحقاق على ثالث حيث ادعيا تلقي الملك من جهته كما مر حوابه فكان ما ادعياه سبب الاستحقاق على الغير لا سبب الملك وحده فلم يكن في معنى الملك المطلق بخلاف ما نحن فيه ولعل في كلام المصنف ايماء الى ذلك حيث قال وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر ثم قال وان كان يتكرر قضى به للخارج فاعتبر اختلاف حكمي ما يتكرر وما لا يتكرر في سبب الملك احترازا عن سبب الاستحقاق (وهو) أي السبب المتكرر في الملك (مثل الخز) أي مثل نسج الخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا كذا في المغرب قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة أخرى وينسج (والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب) أي وزراعة الحنطة وسائر الحبوب فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ثوبا أنه ملكه نسجه من خزه أو ادعى دارا أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غرسا أنه ملكه غرسه أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حبا آخر من الحبوب كذلك وأقاما على ذلك بينة قضى بذلك للخارج في هذه الصور كلها لان أسباب الملك فيها ليست في معنى النتاج لتكررها أما الخز فلما نقلناه وأما البناء فلانه يكون مرة بعد أخرى وأما الغرس فكذلك وأما الحنطة والحبوب فلانها تزرع ثم يغربل التراب فتميز الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية فاذا لم تكن في معناه لم تلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق (فان أشكل) أي فان أشكل شئ لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه (يرجع الى أهل الخبرة) أي يسأل القاضي أهل العلم عن ذلك يعني العدول منهم ويبني الحكم على قولهم (لانهم أعرف به) قال الله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون الواحد منهم يكفي والاثنان أحوط كذا في النهاية نقلا عن المبسوط والذخيرة (فان أشكل عليهم) أي فان أشكل ذلك على أهل الخبرة أيضا (قضى به) أي بالمشكل (للخارج لان القضاء ببينته) أي ببينة

أما الخز فلما نقلناه وأما في الباقية فان البناء يكون مرة بعد أخرى وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع ثم يغربل التراب فتميز الحبوب ثم تزرع ثانية واذا لم يكن في معناه لا يلحق به (فان أشكل) شئ لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه (يرجع الى) العدول من (أهل الخبرة) ويبني الحكم عليه قال الله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون (فان أشكل) على أهل الخبرة (قضى به للخارج لان القضاء ببينته

بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا للذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الا مرة اذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصور ان يصير للخارج نسجه فكان في معنى دعوى النتاج (قوله والبناء والغرس وزراعة الحنطة) أما في البناء بان أقام كل واحد منهما البينة انها داره بناها بماله يقضى بها للخارج لان البناء يكون مرة بعد مرة فلم يكن في معنى النتاج وفي الغرس يقضى به للخارج لان الشجر يغرس غير مرة فقد يغرس النالة انسان ثم يقلعها غيره ويغرسها فلم يكن في معنى النتاج وكذلك اذا كانت الدعوى في الحنطة بان أقام كل واحد منهما البينة انها حنطة زرعها في أرضه قضى بها للمدعى لان الزرع قد يكون غير مرة فان الحنطة قد تزرع في الارض ثم يغربل التراب فيميز الحنطة منها ثم يزرع ثانية فلم يكن هذا في معنى النتاج (قوله فان أشكل يرجع الى أهل الخبرة) أي اذا كان الثوب أو نحوه لا يستبين انه ينسج مرة أو مرتين سأل القاضي أهل العلم عن ذلك يريد به العدول منهم ويبني الحكم على قولهم الواحد منهم يكفي والاثنان أحوط

هو

هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال (وان أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى) لان الاول ان كان يدعي أولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد) قال وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار لان القبض دلالة السبق على ما مر

الخارج (هو الاصل) لانه القياس (والعدول عنه بخبر النتاج) أي والعدول عن الاصل كان بخبر النتاج أي بحديث النتاج وهو حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل في وجه الاستحسان (فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل) الذي هو القياس (قال) أي القدوري في مختصره (وان أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه) أي من ذلك الخارج (كان صاحب اليد أولى لان الاول) أي الخارج (ان كان يدعي أولية الملك) وفي بعض النسخ ان كان يثبت أولية الملك (فهذا) أي فصاحب اليد (تلقى منه) أي تلقى الملك من ذلك الخارج (وفي هذا لا تنافي) كما لا يخفى (فصار) أي فصار حكم هذه المسئلة (كما اذا أقر بالملك له) أي كما اذا أقر صاحب اليد بالملك للخارج (ثم ادعى) أي صاحب اليد (الشراء منه) أي من الخارج قال صاحب النهاية ذكر في الفصول والحاصل أن الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا ففي كل الصور الخارج أولى الا اذا أقام صاحب اليد بينة على النتاج أو أرخا وتاريخ صاحب اليد أسبق وفي هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب تترجح بينة صاحب اليد أيضا وهي فيما اذا أقام الخارج البينة على الملك وأقام صاحب اليد البينة على أنه اشتراه من المدعي ان كان المدعي أثبت أولية الملك فهذا تلقى منه ففصل من هذا أن بينة ذي اليد تترجح على بينة الخارج في هذه الصور الثلاث التي ذكرناها انتهى أقول لا مساس لهذه الصورة التي ذكرت في الكتاب بما ذكر في الفصول لانه فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ملكا مطلقا على ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول والحاصل أن الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا الخ وما ذكر في الكتاب فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد بالشراء فضم هذه الصورة الى الصورتين المذكورتين في الفصول بطريق الاستثناء وجعل ما تترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج صورا ثلاثا كما فعله صاحب النهاية مما لا حاصل له لانه ان أراد أن ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق هذه الصور الثلاث ليس بصحيح كما لا يخفى وان أراد أن ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق أو غيره هذه الصور الثلاث فليس بتام لان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج مطلقا غير منحصر في هذه الصور الثلاث بل متحقق في غيرها أيضا كما اذا ادعيا الشراء من واحد ولم يكن تاريخ أحدهما أسبق على ما سبق في الكتاب (قال) أي القدوري في مختصره (وان أقام كل واحد منهما) أي من الخارج وذي اليد (البينة على الشراء من الآخر) أي أقام الخارج البينة على أنه اشترى هذه الدار مثلا من ذي اليد وأقامها ذو اليد على أنه اشتراها من الخارج (ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد) بغير قضاء (قال) أي المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون) أي وتكون الدار (للخارج لان العمل بهما) أي بالبينتين (ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع) أي ثم باع ذو اليد من الخارج (ولم يقبض) الخارج (لان القبض دلالة السبق) أي لان قبض ذي اليد دليل سبقه في الشراء (كما مر) اشارة الى

هو الاصل والعدول كان بخبر النتاج) كما روينا (واذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال واذا أقام الخارج البينة على الملك الخ) واذا أقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أولى لان الخارج ان كان يدعي أولية الملك فذو اليد تلقى منه ولا تنافي في هذا فصار كما لو أقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه (قال وان أقام الخارج البينة انه اشتراها من ذي اليد وأقامها ذو اليد انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار في يد ذي اليد) قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يقضى بهما لامكان العمل بهما وذلك بان يجعل كأن ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لان القبض دلالة السبق كما مر

(قوله ثم باع ولم يقبض) أقول يعني ولم يقبض الخارج

قال الله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون (قوله والعدول عنه بخبر النتاج) وهو ما روي ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة انها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله عليه السلام للذي هي في يده (قوله لان القبض دلالة السبق على ما مر) اشارة الى قوله وان

ولايعكس الامر لان البيع قبل القبض لايجوز وان كان فى العقار عنده ولهما أن الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذى اليد الا بملك مستحق فبقى القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذ استويا بالوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده

قوله وان لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه انتهى (ولا يعكس الامر) أى لايجعل كأن الخارج اشتراها من ذى اليد أولا ثم باعها اياه (لان البيع قبل القبض لايجوز) يعنى أن العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لايجوز (وان كان) أى وان كان البيع (فى العقار عنده) أى عند محمد رحمه الله (ولهما) أى ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (أن الاقدام على الشراء اقرار منه) أى من المشترى (بالملك للبائع فصار) أى فصار أمر هذه المسئلة (كأنهما) أى البينتين (قامتا على الاقرارين) أى على الاقرارين من الطرفين (وفيه التهاتر بالاجماع فكذا ههنا) أى فيما نحن فيه (ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك) هذا دليل آخر متضمن للجواب عما قاله محمد ان العمل بالبينتين ممكن يعنى أن السبب لا يراد لنفسه وانما يراد لحكمه فاذا كان مفيدا لحكمه كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات (وههنا لا يمكن القضاء لذى اليد الا بملك مستحق) أى للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذى اليد فانما نقضى ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب الذى هو البينة ههنا مفيدا لحكمه بالنسبة اليه (فبقى القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده) فلم يكن معتبرا فلم يمكن العمل بالبينتين أقول لطالب أن يطالب بالفرق بين مسئلتنا هذه على قولهما وبين ما اذا أقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة على النتاج ولا تاريخ معهما حيث لم تتهاتر البينتان هناك عند أئمتنا الثلاثة على ما هو الصحيح بل قضى ببينة ذى اليد له بناء على أن البينتين استوتا فى الاثبات وترجحت بينة ذى اليد باليد كما مر وتهاترتا ههنا عندهما مع الاشتراك فى العلة المذكورة هناك فتأمل فى الفرق (ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا) أى اذا استوى الثمنان (لوجود قبض مضمون من كل جانب) لعدم القضاء بشئ من العقدين عندهما وان كان أحد الثمنين أكثر رجع بالزيادة كذا فى شرح الكنز للزيلعى ثم ان هذا أى القصاص اذا كان المقبوض هالكا وان كان قائما وجب رده كذا فى الكافى فان قلت تهاترت البينتان فى الشراء عندهما فينبغى أن يكون كذلك فى حق النقد لانه فى ضمنه قلت أمكن أن لا تقبل البينة فى حق شئ وتقبل فى حق شئ آخر كالمرأة اذا أقامت البينة على وكيل زوجها بنقلها على تطليق زوجها لا تقبل فى حق الطلاق وتقبل فى حق قصر يد الوكيل كذا فى شرح تاج الشريعة (وان لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) أى لوجوب الثمن عند محمد فان البينتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب

لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه (قوله ولا يعكس الامر) أى ولا يجعل كأن الخارج اشترى ذلك العين من ذى اليد أولا ثم باعه من ذى اليد لان فى ذلك يلزم البيع قبل القبض ولا يثبت القبض حتى يصح لان ذا زيادة على ما قامت به البينة فلا يجوز (قوله فصار كأنهما قامتا على اقرارين) لان كل واحد منهما أثبت الشراء من صاحبه والاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع وكل بائع مقر بثبوت الملك للمشترى فكان هذا بمنزلة ما لو أقام كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه بالملك ولو كان كذلك تهاتر الاقراران لان الثابت من الاقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا اقرارهما معا بطلا فان ما لا يعرف سبق أحدهما جعل كأنهما وقعا معا وفيه التهاتر بالاجماع فكذا ههنا (قوله ولان السبب يراد لحكمه) فيه جواب عما قاله محمد رحمه الله ان العمل بالبينتين ممكن قلنا لا يمكن لانه لا يمكن القضاء ببينة ذى اليد الا بملك مستحق عليه وانه لا يفيده وانما يعتبر امكان العمل بالبينتين عند امكان

ولا يعكس) أى لايجعل كان الخارج اشتراها من ذى اليد أولا ثم باعه اياه (لان) ذلك يستلزم (البيع قبل القبض) وذلك (لايجوز وان كان فى العقار عنده ولهما أن الاقدام على الشراء اقرار من المشترى بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك) يعنى أن السبب اذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات (و) ههنا (لا يمكن القضاء لذى اليد الا بملك مستحق) للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذى اليد انما نقضى ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة اليه (فبقى القضاء له بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) فان البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص

(قوله لحكمه وهو الملك) أقول قوله هو راجع الى الحكم

ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول

(ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا) أى البينتان (بالاجماع) لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه وفى مثل هذا الاقرار تهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس فى البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا فاذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر فى القبول تساقطا للتعارض فبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قول المصنف (لان الجمع غير ممكن عند محمد) أى لان العمل بهما غير ممكن عنده (لجواز كل واحد من البيعين) مع عدم أولوية أحدهما على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالته فكانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض النصين بحيث متى لم يمكن الترجيح ولا الحمل على الحالتين سقط العمل بهما فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة على ما عرف وههنا أيضا لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقيت العين فى يد صاحب اليد كما كانت (بخلاف الاول) أى بخلاف ما اذا لم يذكر القبض فى شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد سابقا وبيعه لاحقا لدلالة القبض على السبق اذ لو جعل شراء الخارج سابقا لزم البيع قبل القبض كما مر هذا زبدة ما فى جملة الشروح فى حل هذا المقام أقول لقائل أن يقول لم لا يجوز الجمع بينهما والعمل بهما حيث يجعل العين المدعاة بين المدعيين نصفين كما جعلناها كذلك فيما اذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة ولا تاريخ معهما حيث قضيناها بالعين بينهما نصفين كما مر فى صدر هذا الباب وأيضا قلنا اذا ادعى اثنان عينا فى يد ثالث كل واحد منهما يدعى أنه اشتراها منه وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العين بنصف الثمن وان شاء ترك وقد مرت هذه المسئلة أيضا فى هذا الباب وقد مرت فيه أيضا مسائل أخرى مشتركة فى هذا الحكم أعنى التنصيف بلا خلاف بين أئمتنا ولا يخفى أن ما ذكروا ههنا لتخريج محمد رحمه الله ينتقض بكل واحدة منها فتدبر وفى الكافى وما ذكر فى الهداية من أنه لو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين يخالف ما ذكر فى المبسوط والجامع الكبير وغيرهما من أنه لو شهدوا بالبيع والقبض

ثبوت موجبهما (قوله ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع) لان الجمع غير ممكن عند محمد رحمه الله باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس فى البيعين ذكر التاريخ ولا دلالة التاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا بخلاف ما اذا لم يذكر القبض حيث يجعل شراء صاحب اليد سابقا وبيعه لاحقا لدلالة التاريخ عليه وهو القبض اذ لو جعلنا بيع الخارج لاحقا يلزم البيع قبل القبض وأما ههنا لما أثبتوا البيع والقبض لكل واحد منهما كان بيعهما جائزا وليس أحدهما باولى من الآخر فى القبول فتساقطا للتعارض فبقى العين على يد صاحب اليد كما كان وما ذكر فى الهداية تهاترتا بالاجماع يخالف ما ذكر فى المبسوط وهو ان الشهود اذا لم يشهدوا بالقبض يجعل شراء ذى اليد سابقا وبيعه متأخرا فيؤمر بتسليمه الى الخارج وان شهدوا بالقبض يجعل شراء الخارج سابقا وبيعه متأخرا لان قبضه منقض عيانا وانقضاء قبضه دليل على سبق عقده وقيام قبض الآخر دليل تأخر عقده ولانا لو جعلنا عقد ذى اليد سابقا كان قبضه غصبا حراما ولو جعلنا عقده متأخرا كان بحق فاهذا أثبتنا التاريخ بين العقدين بهذه الصفة وأما عندهما فتهاتر الشهادتان فى الصورتين جميعا وذكر فى الذخيرة فاما اذا شهدوا بالعقد والقبض فانما يجعل القبض المعاين آخر القبضين لان الاصل ان القبض اذا ثبت عقيب عقد يحال به على ذلك العقد لانه ظهر سببه والحكم متى ثبت عقيب سبب فانما يحال به على ما ظهر من السبب لا على غيره ولان أى الشراءين قدمنا فى هذه الصورة يصح العقدان فيقدم شراء الخارج حتى لا يحتاج الى نقض القبض المعاين بالشك وفى

الوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع) لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفى مثل هذا الاقرار تهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس فى البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا واذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر فى القبول تساقطا فبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله (لان الجمع غير ممكن) لان الجمع عبارة عن امكان العمل بهما وههنا لم يمكن

(وان وقتت البينتان في العقار) وقتين فاما أن يكون وقت الخارج أسبق أو وقت ذى اليد وكل منهما على وجهين أما أن يشهدوا بالقبض أولا فان كان وقت الخارج أسبق (فان لم يشهدوا بالقبض قضى بها الذى اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف فيجعل كأن الخارج

وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وان أثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين وان كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أوسلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال (وان أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف

يقضى بالبينتين عند محمد فيقضى بالدار لذى اليد لان البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن لانهما اثبتا العقدين والقبض فيجعل كان ذا اليد باعها وسلمها انتهى (وان وقتت البينتان في العقار) وقتين قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر كذا في النهاية ومعراج الدراية (ولم تثبتا قبضا) اى ولم تثبت البينتان قبضا وفي بعض النسخ ولم تبينا قبضا (ووقت الخارج اسبق) اى والحال ان وقت الخارج أسبق (يقضى لصاحب اليد عندهما) أى عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فيجعل كان الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه) أى بيع العقار (قبل القبض عنده فبقي على ملكه) أى فاذا لم يصح بيعه قبل القبض بقي على ملك الخارج (وان اثبتا قبضا) اى وان اثبتت البينتان قبضا وباقي المسئلة على حاله وفي بعض النسخ وان بينتا قبضا (يقضى لصاحب اليد) اى بالاجماع فيجعل كأن الخارج باع ذلك من بائعه بعدما قبضه (لان البيعين) أى بالوجه المزبور (جائزان على القولين) أى على قولهما وقول محمد (وان كان وقت صاحب اليد أسبق) وباقي المسئلة على حاله (يقضى للخارج في الوجهين) أى سواء أثبتت البينتان القبض أولم تثبتاه (فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم) أى ثم باع ذو اليد من الخارج ولكن لم يسلم اليه هذا باعتبار عدم اثبات القبض (أوسلم) أى سلم ذو اليد الى الخارج (ثم وصل اليه) أى الى ذى اليد (بسبب آخر) من اجارة أو اعارة أو غيرهما وهذا باعتبار اثبات القبض فقد جمع المصنف الوجهين في تقريره هذا كما ترى فان قلت بقي من أقسام المسئلة المارة صورتان لم تذكرا في الكتاب احداهما أن توقت البينتان وقتا واحدا وثانيتهما أن توقت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى فما حكمهما قلت حكم كل واحدة منهما كحكم ما اذا لم توقتا أصلا نص عليه في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام (قال) أى القدوري في مختصره (وان أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) أى الاثنان والاربعة من الشهود سواء (لان شهادة كل شاهدين علة تامة) لوصولها الى حد النصاب الكامل (كما في حالة الانفراد) في غير الشهادة في الزنا (والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل) يقع (بقوة فيها) أى في العلة ألا يرى أن الخبر لا يترجح بخبر آخر والآية لا تترجح بآية أخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (على ما عرف) أى في علم

الجامع الكبير مثل ماذكر في المبسوط (قوله وان وقتت البينتان في العقار) قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر (قوله وان أثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد) أى بالاجماع (قوله يقضى للخارج في الوجهين) اى سواء شهد الشهود بالقبض أولم يشهدوا وان أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء وعند الاوزاعي يقضى لاكثرهما عددا لان القلب الى قول الاكثر أميل وعند مالك رحمه الله يقضى لاعدل البينتين لان الشهادة انما صارت حجة بالعدالة والاعدل في كونه حجة أقوى فكان أولى ولنا ان الترجيح لا يقع بكثرة

اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى به للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فبقي على ملكه وان شهدوا بالقبض يقضى بها لصاحب اليد) بالاجماع لانه يجعل كان الخارج باعها من بائعه بعدما قبضها وذلك صحيح على القولين جميعا (وان كان وقت ذى اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين جميعا يعني سواء شهدوا بالقبض أولم يشهدوا أما اذا شهدوا به فلا اشكال وأما اذا لم يشهدوا فيجعل كان ذا اليد اشتراها وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم اليه والمصنف جمع الوجهين في قوله فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم وهذا باعتبار عدم اثبات القبض أوسلم ثم وصل اليه بسبب آخر من عارية أو اجارة باعتبار اثبات القبض قال (وان أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها) ألا ترى أن الخبر الواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية بآية أخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (كما عرف) قال

في أصول الفقه والشهادة العادلة تترجح على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا تترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها

(قوله أما اذا شهدوا به فلا اشكال) أقول فيه بحث

وشهادة كل عدد نصاب كامل قال (واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميع الدار والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة) وعندهما هي بينهما أثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة والاصل في ذلك أن عند أبي حنيفة أن المدلى بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلى بسبب غير صحيح يضرب أى يأخذ بحسب كل حقه بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا هذه والموصى له باكثر من الثلث وعندهما ان قسمة العين متى وجبت بسبب

قال (واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة) اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما (وقالا هي بينهما أثلاثا) فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فتقسم أثلاثا

أصول الفقه وكذا الشهادتان اذا تعارضتا واحداهما مستورة والاخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا تترجح بزيادة عدد الشهود لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر لا أن يكون بعضها صفة للبعض الى هذا أشار في التقويم كذا في النهاية (قال) أى القدوري في مختصره (واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتبارا لطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فيه نصف بينهما) فتجعل الدار على أربعة لحاجتنا الى حساب له نصف ولنصفه نصف وأقله أربعة كذا في الكافي (وقالا) أى أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هى) أى الدار (بينهما) أى بين المدعيين (أثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين) أى يأخذ بحسب كل حقه سهمين وفي المغرب وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث أى يأخذ منه شيأ بحكم ماله من الثلث كذا في النهاية ومعراج الدراية (وصاحب النصف بسهم واحد) أى وصاحب النصف يضرب بكل حقه أيضا وهو سهم واحد اذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا الى عدد له نصف صحيح وأقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد (فتقسم) بينهما (أثلاثا) أى فتقسم الدار بين المدعيين أثلاثا ثلثاها للمدعي الجميع وثلثها للمدعي النصف واعلم أن أصل أبي حنيفة أن المدلى بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلى بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا هذه والموصى له باكثر من الثلث وأصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين

العلة حتى لا يترجح القياس بقياس آخر ولا الحديث بحديث آخر ولا الآية بآية أخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه أما اذا كانت احدى الآيتين تحتمل التاويل والاخرى لا تحتمل فكان غير المحتمل أولى لانه لما لم تحتمل التاويل كان مفسرا وكونه مفسرا وصف فيه والمفسر راجح على النص والظاهر وكذلك الشهادتان اذا تعارضتا واحداهما مستورة والاخرى عادلة ترجحت العادلة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا ترجح بزيادة عدد الشهود لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر الا أن يكون بعضها صفة للبعض (قوله فصاحب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين) وفي المغرب وقال

حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعا فعلى هذا أمكن الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق ومما اتفقوا على العول فيه العول في التركة أما على أصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شئ وأما على أصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي أما على أصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه وأما على أصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا

هذه فعلى أصل أبي حنيفة سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة فيقول مدعي النصف لا دعوى له في النصف الآخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الآخر كل منهما يدعيه وقد أقاما عليه البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار ولمدعي النصف الربع وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين على معنى ان حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح وأقله اثنان

ولهذه المسئلة نظائر وأضداد لا تحملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات قال (ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء) لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له

كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعا فعلى هذين الاصلين أمكن الاتفاق بين الائمة الثلاثة على العول وعلى المنازعة وأمكن الافتراق فمما اتفقوا على العول فيه العول في التركة أما على أصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شئ وأما على أصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي أما على أصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه وأما على أصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا هذه فعلى أصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين في الكتاب وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين بمعنى أن حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول كما ذكر في الكتاب ثم اعلم أن أصلهما ينتقض بحق الغرماء في التركة فان قسمة العين بينهم بسبب حق كان في الذمة لا في العين ومع ذلك كانت القسمة عولية كذا في المبسوط قال المصنف (ولهذه المسئلة نظائر وأضداد) أي للمسئلة المذكورة أشباه حكم فيها أبو حنيفة بالمنازعة وصاحباه بالعول كما في هذه المسئلة وأضداد حكم فيها أبو حنيفة بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكس ما في هذه المسئلة (لا يحتملها) أي النظائر والاضداد (هذا المختصر) يعني الهداية (وقد ذكرناها في الزيادات) فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك اذا لم يكن للميت مال سواه ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادانه أحد المولين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثا وعندهما بطريق المنازعة أرباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين آخر وغرم المولى قيمته لهما كذا في الكافي والشروح فتذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك استخراج هذه الصور (قال) أي القدوري في مختصره (ولو كانت في أيديهما) أي ولو كانت الدار في أيدي المدعيين والمسئلة بحالها (سلم لصاحب الجميع) أي لمدعي الجميع (نصفها على وجه القضاء) وهو الذي كان بيد الآخر (ونصفها لا على وجه القضاء) وهو الذي كان بيد نفسه (لانه خارج في النصف) أي لان صاحب الجميع وهو مدعي الجميع خارج في النصف الذي كان في يد مدعي النصف (فيقضى ببينته) أي فيقضى ببينة صاحب الجميع في حق ذلك النصف بناء على أن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فتم دليل قوله نصفها على وجه القضاء وبقي دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء وهو قوله (فالنصف الذي في يديه) أي في يدي صاحب الجميع (صاحبه لا يدعيه) أي صاحب صاحب الجميع أي خصمه وهو مدعي النصف لا يدعي ذلك النصف (لان مدعاه) أي مدعى صاحبه وهو مدعي النصف (النصف وهو في يده سالم له) توضيحه أن دعوى

الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث أي يأخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث (قوله ولهذه المسئلة نظائر واضداد) فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع الموصى له بنصف تلك العين اذا لم يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا أدانه أحد المولين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله بطريق العول أثلاثا وعندهما بطريق المنازعة أرباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين رجل خطأ وغرم المولى

فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فتكون بينهما أثلاثا ولهذه المسئلة نظائر وأضداد لا تحتملها المختصرات قال المصنف (وقد ذكرناها في الزيادات) فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادانه أحد المولين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثا وعندهما بطريق المنازعة أرباعا فتذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج قال (ولو كانت الدار في أيديهما الخ) الاصل في هذه المسئلة أن دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف الى ما في يده لئلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وأن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فاذا كانت الدار في أيديهما فمدعي النصف لا يدعي على الآخر شيأ ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه اقامة البينة فان أقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد وبينة الخارج أولى فيقضى له بذلك ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده

ولو

(قال واذا تنازعا في دابة الخ) اذا تنازع اثنان في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى لان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح وان أشكل ذلك كانت بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصار كأنهما أقاماها ولا تاريخ لهما هذا اذا كانا خارجين وان كان أحدهما ذا اليد فان وافق سن الدابة تاريخه أو أشكل قضى بها لذي اليد اما لظهور علامة الصدق في شهوده أو لسقوط اعتبار التوقيت بالاشكال وان كان سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد قال عامة المشايخ تهاترت البينتان وتترك الدابة في يد ذي اليد (قوله وان خالف سن الدابة الوقتين) يعني في الخارجين (بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم) لانه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضا فتترك الدابة في يد من هي في يده قضاء ترك كأنهما لم يقيما البينة قال في المبسوط الاصح ما قاله محمد من الجواب وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كان سن الدابة مشكلا وفيما اذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين أما اذا كان مشكلا فلا شك فيه وكذلك ان كان على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وتترك هي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق وهذه الرواية تحتمل القبول روى أبو

ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال (واذا تنازعا في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) لان الحال يشهد له فيترجح (وان أشكل ذلك كانت بينهما) لانه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا

مدعي النصف منصرفة الى ما في يده لتكون يده يدا محقة في حقه لان حمل أمور المسلمين على الصحة واجب بدعي النصف لا يدعي شيأ مما في يد صاحب الجميع لان مدعاه النصف وهو في يده فسلم النصف لمدعي الجميع فلا منازعة كذا في الكافي (ولو لم ينصرف اليه دعواه) أي ولو لم ينصرف دعوى مدعي النصف الى النصف الذي في يده (كان ظالما بامساكه) أي كان مدعي النصف ظالما بامساك ما في يده وقضية وجوب حمل أمر المسلم على الصحة قاضية بخلافه (ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده) أي واذا لم يدع مدعي النصف النصف الذي في يدي مدعي الجميع ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف في يدي مدعي الجميع بلا قضاء فتم دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء أيضا فيثبت المدعى بشقيه قال صاحب العناية الاصل في هذه المسئلة أن دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف الى ما في يده كي لا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وأن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد انتهى أقول فيه نظر وهو أن انصراف دعوى مدعي الجميع من المدعيين الى ما في يده غير معقول لانه ان جعل الذي في يده الكل لا يبقى للمقدمة القائلة وان بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد محل في هذه المسئلة ولا يصح قول المصنف لانه خارج في النصف ولا قول صاحب العناية في أثناء الشرح ومدعي الكل مدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف وان جعل الذي في يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه الى ما في يده لانه يدعي الكل وهو ليس في يده وأيضا لا يتم قوله كي لا يكون في امساكه ظالما بالنسبة اليه لان الانسان لا يكون ظالما بامساك حقه وان كان في يد غيره ومدعي الكل يدعي أن جميع ما في أيديهما حقه فالحق أن الذي ينصرف دعواه الى ما في يده انما هو مدعي النصف منهما كما هو المذكور في الكافي وغيره وقدمر منا في أثناء شرح كلام المصنف (قال) أي القدوري في مختصره (واذا تنازعا) أي تنازع اثنان (في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) أي الذي يوافق سن الدابة تاريخه أولى من الآخر (لان الحال يشهد له) يعني أن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له (فيترجح) أي فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه واعلم أنه لا فرق في هذا بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي اليد ان كانت في يد أحدهما أولهما ان كانت في أيديهما أو يد ثالث كذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز (وان أشكل ذلك) أي سن الدابة (كانت بينهما) أي كانت الدابة بينهما نصفين (لانه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا) هذا الجواب في الخارجين وان كان أحدهما صاحب اليد ودعواهما في النتاج ووقتت البينتان وقتين فان كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذي اليد وان كانت الدابة على وقت بينة ذي اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لذي اليد اما لظهور علامة الصدق في

قيمته لهما ومما اتفقوا على ان القسمة فيها بطريق العول التركة بين الورثة والغرماء اذا ضاقت التركة عن ايفاء حقهم والموصى له بالثلث مع الموصى له بالسدس اذا لم يجز الورثة ومما اتفقوا على أن القسمة فيها بطريق المنازعة فضولي باع عبد رجل بغير أمره وباع فضولي آخر نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق أرباعا على ما عرف مع أصولها وفروعها في الزيادات وغيرها (قوله وان أشكل ذلك كانت بينهما) أي اذا

(قوله وقد اتفق الفريقان الخ) أقول في غاية البيان تفصيل متعلق بالمقام فراجعه

وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم رحمه الله لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده قال (واذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر

بينته أو سقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة كذا في المبسوط ولم يذكر فيه ما اذا كان سن الدابة بين الوقتين وذكر في الذخيرة في ذلك تتهاتر البينتان عند عامة المشايخ وتترك الدابة في يد صاحب اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية (وان خالف سن الدابة الوقتين) قال الشراح أي في دعوى الخارجين أقول لم يظهر لي فائدة هذا التقييد كما سأبين (بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين) وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضا (فتترك) أي الدابة (في يد من كانت في يده) والظاهر أن هذا يعم الصور الثلاث أعني ما اذا كانت الدابة في يد ثالث وما اذا كانت في أيديهما وما اذا كانت في يد أحدهما اذ لا فرق بينهن في الوجه الذي ذكر من قبل الحاكم فلا فائدة في التقييد المار وفي المبسوط من مشايخنا من قال تبطل البينتان والاصح ما قاله محمد من الجواب وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كان سن الدابة مشكلا وفيما اذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين أما اذا كان مشكلا فلا شك فيه وكذلك اذا كان على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وتترك هي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق كذا ذكر في أكثر الشروح قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضي بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضي لهما بشئ وتترك في يد ذي اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشئ لان مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب انتهى أقول يمكن أن يجاب عن قوله وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشئ الى قوله لانه ليس بحجة مع وجود المكذب بان الموجود مكذب الوقتين لا مكذب أصل البينتين فاللازم منه سقوط اعتبار ذكر الوقت لا سقوط اعتبار أصل البينتين وهو اثبات الاستحقاق للمدعيين على ذي اليد فلا قادح لما في المبسوط ويرشد الى هذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وان خالف سنها الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره في ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فبقيت البينتان قامتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره ان في رواية أبي الليث تهاترت البينتان قال وهو الصحيح ووجهه أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأسا انتهى كلامه فتأمل ترشد (قال) أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (واذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر

كانا خارجين أما اذا كانت الدعوى بين الخارج وذي اليد في النتاج وأقاما البينة ووقتت البينتان في الدابة وقتين فان كانت الدابة على وفق بينة المدعي قضيت بها له لان علامة الصدق ظهرت في شهادة شهوده وعلامة الكذب ظهرت في شهادة شهود ذي اليد وأما اذا كانت البينة على وفق بينة ذي اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لذي اليد اما لظهور علامة الصدق في شهوده أو سقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة ولم يذكر فيما اذا كانت سن الدابة بين الوقتين اللذين ذكرهما بينتا الخارج وذي اليد وذكر في الذخيرة في ذلك عامة المشايخ على انهما تتهاتر البينتان وتترك الدابة في يد صاحب اليد (قوله وان خالف سن الدابة الوقتين) أي في دعوى الخارجين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم هكذا ذكر الجواب في الايضاح وذكر في المبسوط من مشايخنا من أجاب بهذا ثم قال والاصح ما قاله محمد رحمه الله وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كانت

بوديعة

الليث عن محمد أنه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضي بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضي لهما بشئ وتترك في يد ذي اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشئ لان مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب (واذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر

بوديعة فهما سواء) لان المودع لما جحد صار غاصبا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين

(فصل في التنازع بالايدي) لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما أن الاول أقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد (قال واذا تنازعا في دابة الخ) اذا تنازع اثنان في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لان تصرفه أظهر لان الركوب يختص بالملك يعني غالبا (وكذا اذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج أولى لما ذكرنا ونقل الناطفي) هذه الرواية من النوادر وأما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين في السرج فانها بينهما قولا واحدا لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير ولاحدهما عليه حمل فصاحب الحمل أولى لانه هو المتصرف (واذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فلابسه أولى لانه أظهرهما تصرفا) ولهذا يصير به غاصبا (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به أو كانا جالسين عليه فهو بينهما

(فصل في التنازع بالايدي) (قوله لان الركوب يختص بالملك الخ) أقول قال العلامة الزيلعي بخلاف ما اذا أقاما البينة انتهى يعني المتعلق باللجام أو الحكم ثم قال الزيلعي حيث تكون بينة الخارج أولى لانها حجة مطلقة وبينة الخارج أكثر اثباتا وأما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجيح

بوديعة فهو بينهما) لاستوائهما في الاستحقاق

(فصل في التنازع بالايدي) قال (واذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى) لان تصرفه أظهر فانه يختص بالملك (وكذلك اذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى) بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف (وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل أولى) لانه هو المتصرف (وكذا اذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى) لانه أظهرهما تصرفا (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما)

بوديعة فهو بينهما) أي العبد بين المدعيين (لاستوائهما) لان المودع لما جحد الوديعة صار غاصبا فصار دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين

(فصل في التنازع بالايدي) لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد في هذا الفصل لما أن الاول أقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد (قال) أي القدوري في مختصره (واذا تنازعا) أي تنازع اثنان (في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لان تصرفه) أي تصرف الراكب (أظهر فانه) أي الركوب (يختص بالملك) يعني غالبا قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بخلاف ما اذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى لانها حجة مطلقة وبينة الخارج أكثر اثباتا على ما بيناه وأما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجيح انتهى (وكذا اذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب) أي في السرج (أولى) لان العادة جرت بان الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا كذا في الكافي وغيره واعلم أن ما ذكر في الكتاب من أن كون الراكب في السرج أولى من رديفه على رواية نقلها الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى وأما في ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان كذا في غاية البيان والعناية (بخلاف ما اذا كانا راكبين) يعني في السرج (حيث تكون) أي الدابة (بينهما) قولا واحدا (لاستوائهما في التصرف) أما اذا كان أحدهما ممسكا بلجام الدابة والآخر متعلقا بذنبها قال مشايخنا ينبغي أن يقضى للذي هو ممسك بلجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك أما الذنب فانه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره كذا في النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة (وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما وللآخر كوز معلق فصاحب الحمل أولى لانه هو المتصرف) فهو ذو اليد (وكذا اذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى لانه أظهرهما تصرفا) ولهذا يصير به غاصبا كذا في الشروح (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) وكذا لو كانا جالسين عليه

سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين في دعوى الخارجين أما اذا كانت مشكلة لا شك فيه وكذلك ان كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فيسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء به بينهما نصفين (قوله فهو بينهما لاستوائهما) لان المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب والله أعلم

(فصل في التنازع بالايدي)

(قوله فالراكب أولى) أي في كونه ذا اليد لان الراكب يصير ذا اليد بهذا التصرف حتى لو أقام الآخر البينة تقبل (قوله بخلاف ما اذا كانا راكبين) أي كلاهما راكبين في السرج حيث يكون بينهما لاستوائهما

معناه لاعلى طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا قال (واذا كان ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة فى الاستحقاق

وادعياه فهو بينهما كذا فى الشروح قال المصنف (معناه لاعلى طريق القضاء) أى معنى قوله فهو بينهما أنه بينهما لاعلى طريق القضاء وعلل المسئلة بقوله (لان القعود ليس بيد عليه) أى على البساط حتى لا يصير غاصبا به (فاستويا) أى فاستوى المتنازعان فيه فيجعل فى أيديهما لعدم المنازع لهما هذا وقال صاحب النهاية فى حل هذا المقام لان اليد على البساط لاتثبت الا باحدى الطريقين اما باثبات اليد عليه حسا بالنقل والتحويل واما بكونه فى يده حكما بان كان فى بيته ولم يوجد شئ من ذلك فى البساط فانا نراه موضوعا على قارعة الطريق لما علم أنه ليس فى يد غيرهما ولا فى يدهما وهما مدعيان يقضى بينهما لاستوائهما فى الدعوى انتهى أقول يرد عليه أن هذا الشرح لايطابق المشروح لان المصنف قال معناه لاعلى طريق قضاء وهو يقول يقضى بينهما فبينهما تدافع ظاهر فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف لاعلى طريق القضاء الاستحقاق ومراد الشارح يقضى بينهما قضاء الترك فلاتدافع بينهما قلت لامجال لان يكون المراد بالقضاء بينهما ههنا قضاء الترك أيضا اذ لابد فى قضاء الترك من أن يعرف كون المدعى فى يد المدعى كما يفصح عنه ماذكره صاحب العناية أيضا هنالك وصاحب النهاية نقلا عن الذخيرة فيما سيجىء فى مسئلة التنازع فى الحائط حيث قال ومعنى القضاء بينهما أنه اذا عرف كونه فى أيديهما قضى بينهما قضاء ترك فان لم يعرف كونه فى أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفى يديه يجعل فى أيديهما معا لانه لامنازع لهما لا أنه يقضى بينهما انتهى فانه يظهر منه الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل فى أيديهما من جهة أن الاول فيما عرف كون المدعى فى أيديهما والثانى فيما لم يعرف ذلك وفيما نحن فيه لم تتحقق يد لواحد من المدعين على ما تقرر آنفا فلم يعرف كون المدعى فى أيديهما فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك أيضا فلم يتيسر التوفيق المذكور فكان صاحب العناية تنبه لهذا فقال لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل أو بكونه فى بيته والجلوس عليه ليس بشئ من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا فى يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك فى أيديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك فى أيديهما لكن هذا أيضا لايخلو عن قصور لان استعمال الترك فى اليد يقتضى سبق تحقق اليد وههنا ليس كذلك كما تبين فحق الكلام فى هذا المقام أن يقال فيجعل فى أيديهما أى يوضع فيهما لعدم المنازع لهما كما ذكرته فيما قبل لانه حينئذ يطابق الشرح المشروح ويطابق المقام ما يظهر مما سيجىء فى مسئلة التنازع فى الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل فى أيديهما بلا قضاء وأيضا لاتبقى الحاجة حينئذ الى ماذكره صاحبا النهاية والعناية وغيرهما من الفرق بين مسئلتنا هذه وبين مسئلة الدار اذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لايقضى بها بينهما ولا الى ما ارتكبوا فى وجه الفرق بينهما من التكلف على مالا يخفى على الفطن الناظر فى كلامهم اذ يظهر حينئذ أن حكم كل واحدة من هاتين المسئلتين أن لا يقضى بين المدعين بالمدعى بناء على أن ليس لاحد منهما يد عليه حتى تصير دليل الملك وسبب القضاء بل أن يجعل المدعى فى أيديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستوائهما فى الدعوى فتدبر (قال) أى محمد فى كتاب القضاء من الجامع الصغير (واذا كان ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة) فان كل واحد منهما متمسك باليد الا أن أحدهما أكثر استمساكا (فلا توجب زيادة فى الاستحقاق) يعنى أن مثل تلك الزيادة لاتوجب الرجحان اذ لاترجيح بكثرة العلل كما مر فصار كما لو تنازعا فى بعير ولاحدهما عليه خمسون منا وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة وكما لو أقام أحدهما الاثنين من الشهود والآخر الاربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص التى ذكرت من قبل لان الزيادة هنالك ليست من جنس الحجة فان الحجة هى اليد والزيادة هى الاستعمال كذا

(قوله لان القعود ليس بيد عليه) اذ المراد باليد المتصرفة الناقلة المحولة التى لا ينفك الركوب والحمل عنها عادة

قال

لاعلى طريق القضاء) لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل أو بكونه فى بيته والجلوس عليه ليس بشئ من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا فى يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك فى أيديهما وبه ظهر الفرق بينه وبين الدار اذا ادعاها ساكناها حيث لم يقض بها بينهما لابطريق الترك ولا بغيره لان عدم يد الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها قد تكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم لانها بعد أن كانت فى مكانها الذى يثبت يد المختط له فيه عليها لم تتحول الى محل آخر فكانت يده ثابتة عليها حكما ولم يعلم به القاضى وجهالة ذى اليد لاتجوز القضاء لغيره لان شرط جوازه العلم بان المدعى ليس فى يد غير المدعين ولم يوجد (واذا كان ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة) فان كل واحد

انتهى فاقول المفهوم منه أن القضاء للراكب واللابس قضاء ترك فتأمل فيه فانه خلاف ما يفهم من الكتاب (قوله حيث لم يقض بها) أقول بل يجعل فى أيديهما وفرق ما بين الجعل فى أيديهما والقضاء بينهما قضاء الترك كما سيجىء فى آخر هذه الورقة

قال (واذا كان صبى فى يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حر فالقول قوله) لانه فى يد نفسه (ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذى هو فى يده) لانه أقر بانه لا يد له حيث أقر بالرق (وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذى هو فى يده) لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتاع

فى العناية ثم ان هذا يدل على أن جميع الثوب لو كان فى يد رجل وادعى أنه له كان القول قوله لكن هذا اذا عرف أن مثل هذا الثوب كان له فى العادة والا فلا لانه ذكر فى المحيط والذخيرة لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان هذا الرجل الذى على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له وان لم يعرف بذلك فهو لرب الدار وفى القدورى لو أن خياطا يخيط ثوبا فى دار رجل وتنازعا فى الثوب فالقول قول صاحب الدار وفى نوادر ابن سماعة عن أبى يوسف رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال رب الدار هذا مالى أخذته من منزلى قال أبو حنيفة القول قول رب الدار ولا يصدق الداخل فى شئ ما خلا ثيابه التى عليه ان كانت الثياب مما يلبسه وقال أبو يوسف ان كان الداخل رجلا يعرف بصناعة شئ من الاشياء بان كان مثلا حمالا يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زق زيت أو كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع فى الاسواق فالقول قوله ولا أصدق قول رب الدار عليه والا فلا فاثبت فى هذه المسائل أن صاحب اليد انما تعتبر يده وان كانت فى المنقولات عند دلالة الدليل على أن ذلك له عادة والا فلا كذا فى النهاية ومعراج الدراية (قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (واذا كان صبى فى يد رجل وهو يعبر عن نفسه) أى يعقل فحوى ما يجرى على لسانه كذا فى الكافى وفى معناه قول الشراح أى يتكلم ويعقل ما يقول (فقال) أى الصبى (أنا حر فالقول قوله لانه فى يد نفسه) فكان هو صاحب اليد وكان المدعى خارجا والقول قول صاحب اليد وهذا لان الاصل أن يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة اذ كونه فى يد غيره دليل الاهانة ومع قيام يده على نفسه لاتثبت يد الغير عليه للتنافى بين اليدين الا اذا سقط اعتبار يده شرعا فحينئذ تعتبر يد الغير عليه وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم أهليته بان كان صغيرا لا يعبر عن نفسه أى لا يعقل ما يقول وقد يكون لثبوت الرق عليه لان الرق عبارة عن عجز حكمى واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف فاذا ثبت الضعف انتفت القدرة كذا فى الكافى (ولو قال أنا عبد لفلان) أى لو قال الصبى الذى يعبر عن نفسه أنا عبد لفلان غير ذى اليد وقال الذى فى يده انه عبدى (فهو عبد للذى هو فى يده لانه أقر بانه لا يد له حيث أقر بالرق) فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول للذى اليد انه له ولا تنقطع يده الا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة كذا فى الكافى فان قيل الاقرار بالرق من المضار لامحالة وأقوال الصبى فيها غير موجبة وان كان عاقلا كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين فان الصبى أبدا يبعد من المضار ويقرب من المبار قلنا الرق ههنا لا يثبت باقراره بل بدعوى ذى اليد الا أن عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه وعند عدمها تتقرر كما فى الصبى الذى لا يعقل فيكون القول قوله فى رقه كذا فى الشروح (وان كان) أى الصبى (لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذى هو فى يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها) أى عن نفسه (وهو بمنزلة متاع) فى أن لا يكون له يد على نفسه فكانت يد صاحب اليد ثابتة عليه

فكان بينهما لاعلى وجه القضاء لاستوائهما فى عدم الحجة (قوله وهو يعبر عن نفسه) وفى الذخيرة يعنى يتكلم ويعقل ما يقول فاذا كان بهذه المثابة كان فى يد نفسه لان الاصل أن يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة الا أنا تركناه اذا لم يكن له اهتداء الى المصالح والمقاصد فهذا الصبى لو أقر بالرق لغيره سقطت عبرة يده على نفسه فيظهر عليه يد ذى اليد فيكون له فان قيل كيف يصح اقرار الصغير بالرق لغيره وهو من المضار والاقوال الموجبة للضرر غير معتبرة فى حقه ولهذا لم يصح طلاقه واعتاقه وهبته وان كان عاقلا قلنا ثبوته بدعوى ذى اليد لا باقراره فاندفع المعارض وهذا بخلاف ما اذا ادعى ان اللقيط عبده لم يصدق والفرق هو ان صاحب اليد انما يصدق فى دعوى الرق باعتبار يده ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لان الملتقط أمين فى اللقيط ويد الامين فى الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم تصح الدعوى مع الشك ومتى لم يعرف انه لقيط فيد ذى اليد عليه ثابتة من كل وجه لانها

منهما مستمسك باليد الا أن أحدهما أكثر استمساكا ومثل ذلك لايوجب الرجحان كما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هى اليد والزيادة هى الاستعمال (واذا كان صبى فى يد رجل) يدعى رقه فلا يخلو اما أن يكون الصبى ممن يعبر عن نفسه أولا فان كان الاول فان لم ينف فهو عبد ذى اليد وان نفاه فقال أنا حر فالقول قوله لانه أنكر ثبوت اليد عليه وتأيد بالظاهر فيكون فى يد نفسه (ولو قال أنا عبد لفلان) غير ذى اليد (فهو عبد ذى اليد لانه أقر أنه لايد له على نفسه باقراره بالرق)

(قوله واذا كان صبى فى يد رجل يدعى رقبته) أقول يعنى يدعى ذلك الرجل (قوله اما أن يكون الصبى ممن يعبر) أقول أى يتكلم ويفهم ما يقال

قيل الاقرار بالرق من المضار لامحالة وأقواله فيها غير موجبة كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين وأجيب بان الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذى اليد الا أن عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه وعند عدمها تتقرر فيكون القول حينئذ قوله فى رقه كالذى لا يعقل اذا كان فى يده وان كان الثانى فهو عبد للذى فى يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع لا يدله على نفسه واعترض

بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه فى حال صغره قال (واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل بنائه ولا آخر عليه هرادى فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليست بشئ) لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما حمل عليها وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال مداخلة لبن

شرعا فيكون القول قوله انه ملكه (بخلاف ما اذا كان يعبر) أى بخلاف ما اذا كان الصبى يعبر عن نفسه ولم يقر بالرق لما مر فان قيل ما الفرق بين هذا و بين اللقيط الذى لا يعبر عن نفسه فان الملتقط هنالك وهو صاحب اليد لو ادعى أنه عبده لا يصدق وهنا يصدق قلنا الفرق هو أن صاحب اليد انما يصدق فى دعوى الرق باعتبار يده و يد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لان الملتقط أمين فى اللقيط و يد الامين فى الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم تصح دعواه مع الشك فان قيل وجب أن لا يصدق فى دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل فى بنى آدم اذ الاصل فى بنى آدم الحرية لانهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما كانا حرين فكان ما يدعيه من الرق أمرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل واليد على من هذا شأنه دليل على خلاف ذلك الاصل لانها دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل كذا فى النهاية وغيرها نقلا عن الفوائد الظهيرية (فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه فى حال صغره) فلا ينقض الامر الثابت ظاهرا بلا حجة (قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل بنائه) أى أو هو متصل ببنائه (والآخر عليه) أى على الحائط (هرادى) بفتح الهاء جمع هردية بضمها وفى المغرب الهردية عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت هو الحردى ولا تقل هردى انتهى وفى الصحاح الحردى من القصب نبطى معرب ولا تقل هردى انتهى وصحح فى الديوان الهاء والحاء جميعا وكذا فى القاموس قال فى غاية البيان الرواية فى الاصل والكافى للحاكم الشهيد بالحاء وفى الجامع الصغير وشرح الكافى وقعت بالهاء لا غير انتهى (فهو) أى الحائط (لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليست بشئ لان صاحب الجذوع صاحب استعمال) أى هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لان الحائط انما يبنى للتسقيف وذا بوضع الجذوع عليه (والآخر) يعنى صاحب الهرادى (صاحب تعلق) لا صاحب استعمال لان الحائط لا يبنى لوضع الهرادى عليه فالاستعمال يد وعند تعارض الدعو يين القول قول صاحب اليد (فصار) أى فصار الحائط فى مسئلتنا هذه (كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق) فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا ههنا (والمراد بالاتصال) أى المراد بالاتصال المذكور فى قوله أو متصل بنائه (مداخلة لبن

ثابتة حقيقة وحكما لان يده عليه ليست يد غيره فان قيل وجب أن لا يصدق فى دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل لان الناس باسرهم أحرار فى الاصل لانهم أولاد آدم وحواء وكانا حرين فكان ما يدعيه من الرق أمرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل ذلك الاصل واليد على من هذا شأنه دليل على خلاف الاصل لانها دليل الملك فيبطل به الاصل كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله لهرادى ليست بشئ) فى المغرب الهردية بضم الهاء وتشديد الياء عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات من

بالملتقط اذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون عبده و بان الرق من العوارض اذ الاصل الحرية وهو يدفع العارض فكان الواجب أن لا يصدق ذو اليد الا بحجة وأجيب عن الاول بان فرض الالتقاط يضعف اليد لان الملتقط أمين فى اللقيط و يد الامين فى الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثانى بان الاصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد على من ذلك شأنه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الاصل فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرق عليه فى حال صغره قال (واذا كان الحائط لرجل الخ) واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل بنائه والآخر عليه هرادى جمع هردية وهى قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره فى المغرب عن الليث يقال له بالفارسية وردوك (فهو) أى الحائط (لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليس بشئ لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال) المذكور بداره

(قوله قيل الاقرار بالرق من المضار لامحالة وأقواله فيها الخ) أقول يعنى وأقوال الصبى فيها غير موجبة الخ قال الزيلعى أخذا من النهاية ولا نسلم أن الاقرار بالرق من المضار لانه يمكن التدارك بعده بدعوى الحرية اذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين انتهى لانه لا يمكن تداركه وكذا الطلاق والعتاق (قال المصنف أو متصل ببنائه) أقول فى صحة العطف تأمل

جداره فيه ولبن هذا فى جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط

جداره) أى جدار صاحب البناء (فيه) أى فى الحائط المتنازع فيه (ولبن هذا) أى ومداخلة لبن هذا أى الحائط المتنازع فيه (فى جداره) أى فى جدار صاحب البناء (وقد يسمى اتصال تربيع) أى و يسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة فى أنصاف لبن غير المتنازع فيه وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة فى المتنازع فيه وان كان من خشب فالتربيع أن تكون ساجة أحدهما مركبة فى الاخرى وأما اذا ثقب فادخل لا يكون تربيعا كذا فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام وفى النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة قال صدر الشريعة وانما سمى هذا اتصال التربيع لانهما انما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع انتهى وكان الكرخى يقول صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل فى حكم شئ واحد والمروى عن أبى يوسف أن اتصال جانبى الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما يكفى ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه أكثر مشايخنا لان الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبى الحائط المتنازع فيه كذا فى شرح الكنز للامام الزيلعى وفى شرح الهداية لتاج الشريعة (وهذا) أى اتصال التربيع (شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه) أى بعض بناء صاحبه (على بعض هذا الحائط) أى على بعض هذا الحائط المتنازع فيه بالاتصال فصار الكل فى حكم حائط واحد بهذا النوع من الاتصال وبعضه متفق عليه لاحدهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه ولان الظاهر أنه هو الذى بناه مع حائطه فمداخلة أنصاف اللبن لا تتصور الا عند بناء الحائطين معا فكان هو أولى كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط أقول بقى لى ههنا كلام وهو أن المصنف حمل المراد بالاتصال المذكور فى مسئلتنا هذه على اتصال التربيع وتبعه فى هذا عامة ثقات المتأخرين كصاحب الكافى والامام الزيلعى وشراح الهداية قاطبة وغيرهم حتى أن كثيرا من أصحاب المتون صرحوا بتقييد الاتصال ههنا بالتربيع منهم صاحب الوقاية حيث قال والحائط لمن جذوعه عليه أو متصل ببنائه اتصال تربيع لا لمن له عليه هرادى انتهى ولكن لم يظهر لى وجه هذا التقييد ههنا لان معنى مسئلتنا هذه أن صاحب الجذوع أولى من صاحب الهرادى وكذا صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادى وفى الحكم يكون صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادى لا احتياج الى تقييد الاتصال بالتربيع بل كل واحد من ضربى الاتصال أى اتصال التربيع واتصال الملازقة مشترك فى هذا الحكم فان الهرادى مما لا اعتبار له أصلا بل هى فى حكم المعدوم حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر شئ فهو بينهما على ما سيأتى فى الكتاب وتذكر فى معتبرات الفتاوى أنه اذا كان لاحدهما اتصال ملازقة ولم يكن للآخر اتصال ولا جذوع فهو لصاحب الاتصال فقال فى الذخيرة وذكر هذا أيضا فى النهاية نقلا عن الذخيرة أما اذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا ببنائهما ان كان اتصالهما اتصال تربيع أو اتصال ملازقة فانه يقضى بينهما نصفين لانهما استويا فى الدعوى والاتصال وأما اذا كان اتصال أحدهما اتصال تربيع واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع أولى لان صاحب التربيع مستعمل للحائط المتنازع فيه لان قوام حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا من تفسير التربيع فكان لصاحب التربيع على ذلك التفسير مع الاتصال نوع استعمال وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال أولى فكان بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق باللجام ولو كان لاحدهما اتصال بناء اتصال ملازقة أو اتصال

الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت هو الحردى ولا تقل هردى (قوله وقد يسمى اتصال تربيع) وذكر فى حيطان الذخيرة وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر أو آجر أن يكون انصاف لبن

فى قوله أو متصل ببنائه (مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا فى جداره وقد يسمى اتصال تربيع) وتفصيل التربيع اذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة فى أنصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع أن تكون ساجة أحدهما مركبة فى الاخرى وأما اذا ثقب فادخل فلا يكون تربيعا (وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط) ومن هذا يعلم أن من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازقة وعند التعارض اتصال التربيع أولى

وقوله الهرادى ليست بشئ يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلا وكذا البوارى لان الحائط لا تبنى لها أصلا حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شئ فهو بينهما (ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما) لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة

تربيع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فانه يقضى لصاحب الاتصال لانهما استويا فى حق الاتصال بالارض المملوكة ولاحدهما زيادة اتصال من خلاف الجنس الاول وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر انتهى وقال فى البدائع ولو كان الحائط متصلا ببناء احدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالمتعلق به ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لانه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى لان اتصال التربيع أقوى من اتصال الالتزاق ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع انتهى فتلخص من هذا كله أن فائدة تقييد الاتصال بالتربيع انما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازقة كما ذكر فى الذخيرة او كان للآخر جذوع كما ذكر فى البدائع وأما اذا كان للآخر هرادى كما فيما نحن فيه فلا فائدة فى ذلك التقييد بل فيه اخلال بعموم جواب المسئلة كما تبين مما ذكرناه فتنبه فان كشف القناع عن وجه هذا المقام مما تفردت به بعون الملك العلام (وقوله الهرادى ليست بشئ) أى قول محمد فى الجامع الصغير الهرادى ليست بشئ (يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلا) بل هى فى الحكم المعدوم (وكذا البوارى لان الحائط لا يبنى لها أصلا) أى لان الحائط لا يبنى لاجل الهرادى والبوارى لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادى والبوارى وانما توضع الهرادى والبوارى للاستظلال والحائط لا يبنى له (حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر شئ فهو بينهما) معناه اذا عرف كونه فى أيديهما قضى بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه فى أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفى يديه يجعل فى أيديهما لانه لا منازع لهما لانه يقضى بينهما كذا فى العناية وكذا فى النهاية نقلا عن الذخيرة ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والجعل فى اليد بلا قضاء كما نبهنا عليه فيما مر فلا تغفل عنه (ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة) أى لو كان لكل واحد من المدعيين على الحائط جذوع ثلاثة (فهو بينهما لاستوائهما) أى فى أصل العلة وهو أن يكون لكل واحد منهما حمل مقصود يبنى الحائط لاجله وفى نصاب الحجة وهو الثلاثة لانها أقل الجمع (ولا معتبر) أى ولا اعتبار (بالاكثر منها) أى من الجذوع (بعد الثلاثة) لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى لاكثر منها قال فى معراج الدراية وقوله ولا معتبر بالاكثر منها أى من الثلاثة أقول تفسيره ليس بسديد أما أولا فلانه يقتضى أن يكون كلمة من فى قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية فى اسم التفضيل وهو لا يجوز على ما عرف فى موضعه وأما ثانيا فلانه يستلزم أن يكون قوله بعد الثلاثة لغوا لان ما هو أكثر من الثلاثة لا يكون الا بعد الثلاثة فالصواب أن كلمة من ههنا تبيينية لا تفضيلية وأن ضمير منها راجع الى الجذوع كما أشرنا اليه فيما مر آنفا لا الى الثلاثة فيصير المعنى ولا اعتبار بالاكثر

الحائط المتنازع فيه داخلة فى انصاف لبن غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة فى المتنازع فيه وان كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساجة أحدهما مركبة فى الاخرى وأما اذا انقب فادخل لا يكون تربيعا ويكون اتصال مجاورة وملازقة (قوله الهرادى ليست بشئ) يدل على انه لا اعتبار للهرادى أصلا وكذا البوارى لانه لما لم يكن استعمالا له وضعا اذ الحائط لا يبنى لهما وانما يبنى للتسقيف والتسقيف لا يمكن على الهرادى والبوارى صار معدوما حكما حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى ولا شئ للآخر فهو بينهما ولا يختص به صاحب الهرادى (قوله ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة)

(وقوله والهرادى ليست بشئ) لان الحائط لا يبنى لها أصلا) لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادى والبوارى وانما يوضعان للاستظلال والحائط لا يبنى له (حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شئ قضى به بينهما) ومعناه اذا عرف كونه فى أيديهما قضى بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه فى أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وهو فى يده يجعل فى أيديهما لانه لا منازع لهما لا أنه يقضى بينهما (ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة) لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى لاكثر منها

(قوله ومعناه اذا عرف كونه فى أيديهما قضى بينهما قضاء ترك) أقول فاذا ادعاه ثالث لا تطلب منه البينة على أنه فى أيديهما ليصير خصما له لمعرفة القاضى بذلك واذا ترافعوا الى قاض آخر فاقام المدعى البينة بقضاء القاضى الاول بينهما قضاء ترك يكونان خصما له (قوله يجعل فى أيديهما لانه لا منازع لهما) أقول فاذا ادعاه ثالث يطلب منه بينة على أنه فى أيديهما حتى يصير خصما له واذا كان القاضى الذى ترافعوا اليه غير القاضى الاول لا تسمع خصومة الثالث باقامة البينة على أن القاضى الاول جعله فى أيديهما فليتدبر

وان

(وان كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه) فى رواية وفى رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس أن يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة فى نفس الحجة وجه الثانى ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته

الكائن من جنس الجذوع بعد الثلاثة فلا يلزم شئ من المحذورين المذكورين (وان كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو) أى الحائط كله (لصاحب الثلاثة وللآخر) أى ولصاحب الجذع الواحد أو الاثنين (موضع جذعه فى رواية) وهى رواية كتاب الاقرار من الاصل حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه قالوا يريد به حق الوضع وقال فى النهاية ثم اعلم أن هذا فيما اذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهى الجذوع الثلاثة لا بالبينة أما اذا ثبت بالبينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره كذا فى المبسوط وغيره انتهى (وفى رواية) وهى رواية كتاب الدعوى من الاصل (لكل واحد منهما ما تحت خشبته) حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع وجعل فى المحيط ما ذكر فى كتاب الاقرار أصح وقال قاضيخان والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر فى الدعوى كذا فى التبيين للامام الزيلعى (ثم قيل) أى على هذه الرواية يعنى اختلف المشايخ على رواية كتاب الدعوى فى حكم ما بين الخشب فقيل (ما بين الخشب بينهما) أى يكون بين المدعيين نصفين لاستوائهما فى ذلك كما فى الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات على ما سيذكر (وقيل على قدر خشبهما) أى وقيل ما بين الخشب يكون على قدر خشبهما اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة ثم ان هذين القولين موافقان لما ذكر فى الذخيرة وقال فى المبسوط فى موضع القيل الاول وأكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط يبنى للخشبات لا لخشبة واحدة (والقياس أن يكون بينهما نصفين) هذا ناظر الى قوله فهو لصاحب الثلاثة الى آخره يعنى أن ذلك استحسان والقياس أن يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الثلاثة نصفين وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله كما ذكر فى الكافى وغيره (لانه لا معتبر) أى لا اعتبار (بالكثرة فى نفس الحجة) يعنى انهما استويا فى أصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ولم يجعلوا بينهما نصفين كذا فى العناية وغيرها (ووجه الثانى) يعنى وجه الرواية الثانية وهى قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ولكن ذكر الثانى اما بتأويل المصدر الذى هو الرواية بالفعل وان كان هو المشهور فى نظائرها واما بتأويل الرواية بالنقل أو القول (ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته) والاستحقاق بحسب الاستعمال قال بعض الفضلاء لم يظهر منه جواب وجه القياس أقول يظهر ذلك بالتامل فيه فان المراد أن الاستعمال من كل واحد مختص بقدر خشبته وما تحت خشبته لا يعدو الغير فلم يكونا مستعملين بشئ واحد مع زيادة استعمال أحدهما بل كان كل واحد مستعملا

حتى لو كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللآخر ثلاث خشبات فهو بينهما نصفان لان لكل واحد منهما حملا مقصودا يبنى الحائط لاجله فلا يعتبر التفاوت بعد ذلك فى القلة والكثرة بعد تمام النصاب اذ الثلاث أقل الجمع كما لو تنازعا فى دابة ولاحدهما عليها خمسون منا وللآخر مائة من كانت بينهما نصفين (قوله وللآخر موضع جذعه) وفى الايضاح يريد به حق الوضع لان استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة لاستحقاق يده أما اذا ثبت ملكه بالبينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع من وضع جذعه على جداره (قوله وفى رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبه) ذكر فى كتاب الدعوى

مع أصل الحائط على هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما فى ذلك كما فى الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات كما نذكره (وقيل) يكون ذلك (على قدر خشبهما) وهذا موافق لما ذكر فى الذخيرة وقال فى المبسوط فى موضع القيل الاول وأكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة (قوله والقياس) رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلاثة الخ يعنى ذلك استحسان والقياس (أن يكون) الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الاكثر (نصفين) لانهما استويا فى أصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين (وجه الرواية الثانية) وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبه (أن الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته)

(قال المصنف ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة) أقول من هذه هى التبيينية لا انها داخلة على المفضل عليه فلا يلزمه الجمع بين الالف واللام ومن التفضيلية وفى بعض النسخ باكثر منها فمن حينئذ تفضيلية (قوله فهو مصدر ميمى) أقول قوله هو راجع الى موضع فى قوله وللآخر موضع جذعه (قوله وقد أشار اليه المصنف) أقول بقوله فهو لصاحب الثلاثة (قوله لان الحائط الخ) أقول وفى تاخير المصنف دليل القيل الاول اشارة الى رجحانه على ما هو دأبه وعادته (قال المصنف وجه الثانى ان الاستعمال الخ) أقول لم

والاستحقاق بحسب الاستعمال (ووجه الاولى أن الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا أنه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده) فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة اذ من الجائز أن يكون

و وجه الاول أن الحائط يبنى لوضع كثيرا الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا أنه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده (ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول أولى) و يروى الثانى أولى وجه الاول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى وجه الثانى أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله

لما كان تحت خشبته فقط فكانت حجة كل واحد قائمة على غير ما قامت عليه حجة الآخر فلم يكن الامر من قبيل الترجيح بالكثرة فى نفس الحجة لان هذا فيما اذا اتحد محل الحجتين و يرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال وأما وجه رواية كتاب الدعوى أن الحائط اذا كان يستحق بوضع الجذع فذلك الموضع الذى هو مستحق مشغول بجذعه فى يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال فى الباقى فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق له فى ذلك الموضع فصار هذا كالدار الواحدة اذا كان فيها أحد عشر منزلا عشرة منها فى يدى رجل و واحد فى يدى رجل وتنازعا فى الدار فانه يقضى لكل واحد منهما بما فى يده كذا ههنا انتهى (ووجه الاول) أى ووجه الرواية الاولى وهى قوله فهو لصاحب الثلاثة وتذكير الاول لمثل ما ذكرناه فى الثانى (أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى) بناء على أن الحائط يبنى للتسقيف والتسقيف لا يحصل بخشبة ولا بخشبتين وانما يحصل بالخشبة والخشبتين اسطوانة واسطوانتان (فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا أنه يبقى له حق الوضع) أى يبقى لصاحب الاقل حق وضع جذعه (لان الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده) يعنى أن حكمنا بالحائط لصاحب الاكثر بالظاهر وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به صاحب الاكثر يد صاحب الاقل حتى يرفع خشبته الموضوعة ومن الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل و يثبت للآخر حق الوضع فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه لكان جائزا ثم اعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلاث لامكان التسقيف بهما كذا فى العناية وغيرها (ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع وفى بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فعلى الاول وقع فى الدليل وجه الاولى وعلى الثانية وقع فيه وجه الثانى كذا فى العناية وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من الشراح ما فى النسخة الاولى هو الصحيح ليكون الدليل موافقا للمدعى وما فى الثانية ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب فكأنهم لم يصلوا الى نسخة وقع ذكر الدليل فيها وجه الثانى فتتبع (فالاول أولى و يروى أن الثانى أولى وجه الاول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى) لانه المقصود باليد كذا فى الكافى ولان التصرف لا يكون بدون اليد واليدان اذا تعارضا سلم التصرف عن المعارض فصلح مرجحا كذا فى شرح تاج الشريعة ورجح هذه الرواية شمس الائمة السرخسى (وجه الاول) وفى بعض النسخ وجه الثانى (ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله) أقول يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء له بكله لجواز أن يقضى

والصلح من الاصل أن لكل واحد منهما ما تحت خشبه الى أسفل الارض لان يد كل واحد منهما على موضع خشبه ثابتة وسبب الاستحقاق انما هو اليد على ذلك الموضع ثم قيل ما بين الخشب بينهما نصفين لان كل واحد منهما مستعمل للحائط الا أن أحدهما أكثر استعمالا فصار كما اذا تنازعا فى ثوب وعامته فى يد أحدهما وطرف منه فى يد الآخر يقضى بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة فى نفس الحجة (قوله ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال) يريد به اتصال تربيع فالاول أى صاحب الجذوع أولى و يروى الثانى أولى أى

أصل الحائط لرجل و يثبت للآخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلاث لامكان التسقيف بهما (ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع) وفى بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال وعلى الاول وقع فى الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثانى ومعناه اذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التربيع فى أحد طرفى الحائط المتنازع فيه (فالاول أولى) لانه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف أقوى وممن رجحه شمس الائمة السرخسى ويروى أن الثانى أولى لان الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله

يظهر منه جواب وجه القياس (قوله وعلى الثانية وجه الثانى) أقول يعنى فى بعض النسخ والافق بعضها وقع وعلى الثانية وجه الاول ولهذا صحح صاحب النهاية النسخة الاولى دون الثانية قائلا بان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب

ثم

لعدم القائل بالاشتراك ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر ليس بحجة فى الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة

ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوى وصححها الجرجانى قال (واذا كانت دار منها فى يد رجل عشرة أبيات وفى يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان) لاستوائهما فى استعمالها وهو المرور فيها

ببعض الشئ الواحد لرجل و ببعضه الآخر لرجل آخر اما بالتجزئة ان قبل القسمة أو بالشيوع ان لم يقبلها كيف ولو أثبت صاحب الجذوع بالبينة كون الحائط المتنازع فيه ملكه قضى له به بلا شبهة مع بقاء الحائط الآخر فى ملك صاحب الاتصال فلو تمت تلك الضرورة لما جاز هذا القضاء وكان صاحب العناية تنبه لهذا وقصد دفعه فعلل قول المصنف ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله بقوله لعدم القائل بالاشتراك ولكن يرد عليه أيضا أنه ان أراد بعدم القائل بالاشتراك عدم القائل به من المتنازعين فهو ممنوع لان صاحب الجذوع قائل به فانه يدعى أن الحائط المتنازع فيه له و يعترف بان الحائط الآخر المتصل به لصاحب الاتصال فيصير البناء المركب من هذين الحائطين مشتركا بينهما عنده وان أراد بذلك عدم القائل به من المجتهدين فهو أيضا ممنوع فان من يقول بكون الحائط المتنازع فيه لصاحب الجذوع على ما هو موجب احدى الروايتين يقول بكون البناء المركب من هذا الحائط والحائط المتصل به مشتركا بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعا (ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه) أى على رواية أن الحائط المتنازع فيه لصاحب الاتصال (لما قلنا) اشارة الى قوله لان الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده حتى قالوا لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفع الجذوع لكون البينة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق (وهذه) أى رواية أن صاحب الاتصال أولى (رواية الطحاوى وصححها الجرجانى) وهو الفقيه أبو عبد الله المرشد و رجحها بالسبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتا قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ كذا ذكره الامام الزيلعى فى التبيين ثم اعلم أن الاتصال الذى وقع الاختلاف فى ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع أو على العكس هو الاتصال الذى وقع فى أحد طرفى الحائط المتنازع فيه وأما اذا وقع اتصال التربيع فى طرفيه فصاحب الاتصال أولى وعلى هذا عامة المشايخ كذا فى النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وقال فى الذخيرة وان كان الاتصال فى طرف واحد ذكر شيخ الاسلام أن صاحب الاتصال أولى و به أخذ الطحاوى والشيخ الفقيه أبو عبد الله المرشد وذكر شمس الائمة السرخسى أن صاحب الجذوع أولى وقال فيما قبل هذا فان كان الاتصال فى طرفى الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى به وعليه عامة المشايخ وهكذا روى عن أبى يوسف فى الامالى كذا فى النهاية وغيرها (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (واذا كانت دار منها فى يد رجل عشرة أبيات وفى يد آخر بيت فالساحة) بالحاء المهملة وهى عرصة فى الدار و بين يديها كذا فى معراج الدراية (بينهما نصفان لاستوائهما فى استعمالها) أى استعمال الساحة (وهو المرور فيها) و وضع الامتعة وصب الوضوء وكسر الحطب وما أشبه ذلك فلما كانا فى ذلك سواء كانا فى استحقاق الساحة أيضا سواء ولعل مرور صاحب القليل أكثر من مرور صاحب الكثير لزمانة صاحب الكثير وكون صاحب القليل ولاجا خراجا على أنا نقول الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوى فيه صاحب الدار والمنزل والبيت وان كان بعضها أكثر من بعض وهذا لان الاستحقاق باعتبار أصل اليد كذا فى النهاية ومعراج الدراية أخذا من الكافى

صاحب الاتصال أولى (قوله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا) اشارة الى ما قال لان الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده فان قيل لما قضى بالحائط لصاحب الاتصال يبقى أن يؤمر برفع الجذوع لانه حمل له موضوع على ملك الغير بغير سبب ظاهر لاستحقاقه كما لو تنازعا فى دابة لاحدهما عليها حمل وللآخر مخلاة يقضى لصاحب الحمل و يؤمر للآخر برفع المخلاة قلنا الان وضع المخلاة على دابة الغير لا يكون مستحقا فى

أمر برفعها لكونها حجة مطلقة وهذا رواية الطحاوى وصححها الجرجانى ولو كان الاتصال بطرفى الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال أولى على اختيار عامة المشايخ وهكذا روى عن أبى يوسف فى الامالى (واذا كان فى يد رجل عشرة أبيات) من دار (وفى يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفين لاستوائهما فى الاستعمال وهو المرور) وصب الوضوء وكسر الحطب و وضع الامتعة وغيرها ولا معتبر بكون أحدهما خراجا ولاجا دون الآخر لانه ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا فى ثوب فى يد أحدهما جميع الثوب وفى يد الآخر هدبه حيث يلغى صاحب الهدب واذا تنازعا فى مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضى و بين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة وأجيب بان الهدب ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع المدعى فى يد أحدهما والآخر كالاجنبى عنه فألغى والشرب تحتاج اليه الاراضى دون الارباب فبكثرة الاراضى كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه وأما فى الساحة فالاحتياج للارباب وهما فيه سواء فاستويا فى الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما فى سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار

(قوله لعدم القائل بالاشتراك) أقول فيه بحث (قوله وفى يد الآخر هدبه) أقول الهدب يقال له بالتركى صچق

قال (واذا ادعى رجلان أرضا) يعنى يدعى كل واحد منهما (أنها فى يده لم يقض أنها فى يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها فى أيديهما) لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضى فالبينة تثبته (وان أقام أحدهما البينة جعلت فى يده) لقيام الحجة لان اليد حق

وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا فى ثوب فى يد أحدهما جميع الثوب وفى يد الآخر هدبه حيث يلغى صاحب الهدب وما اذا تنازعا فى مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضى وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة أجيب بان الهدب ليس بثوب لكون الثوب اسما للمنسوج فكان جميع المدعى فى يد أحدهما والآخر كالاجنبى عنه فالغى والشرب تحتاج اليه الاراضى دون الارباب فبكثرة الاراضى كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه وأما فى الساحة فالاحتياج للارباب وهما فيه سواء فاستويا فى الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما فى سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار كذا فى العناية والى هذا أشار الامام المحبوبى والامام التمرتاشى كما صرح به فى النهاية ومعراج الدراية (قال) أى محمد فى كتاب القضاء من الجامع الصغير (واذا ادعى رجلان أرضا يعنى يدعى كل واحد منهما أنها فى يده لم يقض أنها فى يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها فى أيديهما) أقول فى عبارة الكتاب ههنا مسامحة وكان الظاهر أن يقال حتى يقيم البينة أنها فى يده لان القضاء بانها فى يد واحد منهما انما يتوقف على اقامة كل واحد منهما البينة أنها فى يده لا على اقامتهما البينة أنها فى أيديهما وانما المتوقف عليها القضاء بانها فى أيديهما معا كما لا يخفى وسيتجلى من التفصيل الآتى فى الكتاب ولقد أحسن صاحب الكافى ههنا حيث قال لم يقض بانها فى يد أحدهما الا بالبينة انتهى فان هذه كلمة جامعة ههنا (لان اليد فيها) أى فى الارض (غير مشاهدة لتعذر احضارها) فقد غاب عن علم القاضى (وما غاب عن علم القاضى) أى والذى غاب عن علمه (فالبينة تثبته) فلابد من اقامة البينة عليه حتى يمكن القضاء به ولانه جاز أن تكون فى يد غيرهما ولو قضى لهما أو لاحدهما باليد لبطل حق صاحب اليد بلا حجة وأنه لا يجوز كذا فى الكافى قال فى الفوائد الظهيرية ههنا مسئلة غفل عنها القضاة وهى أنه لو ادعى أرضا والمدعى عليه يزعم أنها فى يده وأقام المدعى بينة على الملك فالقاضى لا يقضى ببينته لجواز أن تكون الارض فى يد ثالث والمدعى والمدعى عليه تواضعا على ذلك وهذه حيلة لجعلها القاضى فى يد أحدهما فما لم يثبت كون الارض فى يد المدعى عليه بالبينة لا يقضى الا أنه يمنع المقر من أن يزاحم المقر له فيها لان اقراره حجة فى حقه كذا فى معراج الدراية (وان أقام أحدهما البينة) أى على أنها فى يده (جعلت فى يده لقيام الحجة) ويجعل الآخر خارجا كذا فى الكافى وغيره فان قيل البينة تقام على الخصم واذا لم يثبت كونها فى يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضى للذى أقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته فى اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته فى شئ شرعا كانت بينته مقبولة كذا فى عامة الشروح وقال صاحب العناية وقد أشار الى ذلك بقوله (لان اليد حق

الاصل بسبب فكان من ضرورة القضاء لصاحب الحل أمر الآخر برفع المخلاة فاما ههنا فقد ثبت له حق وضع الجذوع على حائط لغيره بان كان ذلك مشروطا فى أصل القسمة فليس من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الآخر وهذا بخلاف ما لو أقام أحدهما البينة وقضى به له يؤمر الآخر برفع جذوعه لان البينة حجة للاستحقاق يستحق بها صاحبها على الآخر برفع جذوعه عن ملكه ثم الصحيح من النسخ ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع فالاول أولى ليكون الدليل موافقا للمدعى وفى بعض النسخ ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال وذلك ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب وفى الذخيرة وان كان الاتصال فى طرف واحد ذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن صاحب الاتصال أولى وبه أخذ الطحاوى والشيخ الفقيه أبو عبد الله المرشد وذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله أن صاحب الجذوع أولى وذكر فيها قبل هذا فان كان الاتصال فى طرف الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى وعليه عامة

مقصود

قال (واذا ادعى رجلان أرضا الخ) اذا ادعى رجلان أرضا كل واحد منهما ادعى أنها فى يده لم يقض القاضى أنها فى يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها فى أيديهما لان اليد) حق مقصود فلا يجوز للقاضى أن يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت (غير مشاهدة لتعذر احضارها) لابد من البينة لانها تثبت ما غاب عن المشاهدة

(وان أقام أحدهما البينة جعلت فى يده لقيام الحجة) فان قيل البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت أنها فى يد الآخر فليس بخصم أجيب بانه خصم باعتبار منازعته فى اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته فى شئ شرعا كانت بينته مقبولة وقد أشار الى ذلك بقوله (لان اليد حق مقصود) يعنى فيجوز أن يكون مدعيه خصما (فان أقاما البينة جعلت فى أيديهما) لقيام الحجة فان طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشايخنا هذا قول أبى حنيفة وقالا يقسم بينهما بناء على مسئلة أخرى ذكرها فى كتاب القسمة وهى ما اذا كانت الدار فى أيدى ورثة حضور كبار أقروا عند القاضى أنها ميراث فى أيديهم من أبيهم والتمسوا من القاضى أن يقسمها بينهم فالقاضى لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة أن أباهم مات وتركها ميراثا لهم وقال أبو يوسف ومحمد يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد أنه انما قسمها بينهم باقرارهم ومنهم من قال المذكور ههنا قول الكل لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة اليد لاجل الحفظ والصيانة بحق والعقار غير محتاج الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاج الى ذلك وان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هى فى يده حلف كل واحد منهما ما هى فى يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى أن تظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذى فى يد صاحبه وان نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذى كان فى يده ونصفها الذى كان بيد صاحبه لنكوله واذا ادعيا أرضا صحراء أنها بايديهما يعنى يدعى كل واحد منهما ذلك وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر فهى

مقصود (وان أقاما البينة جعلت فى أيديهما) لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة (وان كان أحدهما قد لبن فى الارض أو بنى أو حفر فهى فى يده) لوجود التصرف والاستعمال فيها

(باب دعوى النسب)

مقصود) يعنى فيجوز أن يكون مدعيه خصما انتهى (وان أقاما البينة) أى على أنها فى أيديهما (جعلت فى أيديهما لما بينا) اشارة الى قوله لقيام الحجة وذكر الامام التمرتاشى فان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هى فى يده حلف كل واحد منهما ما هى فى يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى أن تظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذى فى يد صاحبه وان نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذى كان فى يده ونصفها الذى كان بيد صاحبه لنكوله كذا فى الشروح (فلا تستحق) بصيغة المجهول أى فلا تستحق اليد (لاحدهما من غير حجة) قال بعض الفضلاء لا يخفى عليك أن هذا الكلام فى غير محله اه أقول انما يكون كذلك لو كان متفرعا على قوله وان أقاما البينة الخ اذ لا ارتباط بينهما أو على قوله لان اليد حق مقصود اذ يلزم الفصل بينهما بأجنبى وأما اذا كان متفرعا على مجموع ما ذكر فى مسئلتنا هذه من قوله واذا ادعى الرجلان أرضا الى ههنا بان كان فذلكة الكلام فى هذا المقام فقد كان فى محله كما لا يخفى (فان كان أحدهما قد لبن فى الارض أو بنى أو حفر) يعنى اذا ادعى كل واحد منهما أرضا صحراء أنها فى يده وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر (فهى فى يده لوجود التصرف والاستعمال) ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس فى الثياب كذا ذكره فخر الاسلام

(باب دعوى النسب)

لما فرغ عن بيان دعوى الاموال شرع فى بيان دعوى النسب وقدم الاول لانه أكثر وقوعا فكان أهم

المشايخ وهكذا روى عن أبى يوسف فى الامالى فقد رجح صاحب الاتصال على صاحب الجذوع (قوله وان أقام أحدهما البينة جعلت فى يديه لقيام الحجة) فان قيل البينة حجة على الخصم واذا لم يثبت كونها فى يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضى باليد فيها للذى أقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته فى اليد ألا ترى أنه يتمكن من اثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته فى شئ شرعا كانت بينته مقبولة وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله فان طلب كل واحد يمين صاحبه ما هى فى يده حلف كل واحد ما هى فى يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض باليد لهما وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى أن تظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد منهما بالنصف الذى فى يد صاحبه وان نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذى كان فى يده ونصفها الذى كان فى يد صاحبه بنكوله وان كانت الدار فى يد ثالث لم تنزع من يده لان نكوله ليس بحجة فى حق الثالث (قوله جعلت فى أيديهما لما بينا) وهو قوله لقيام الحجة (قوله لوجود التصرف) والاستعمال فيها ومن ضرورته اثبات اليد كالركوب فى الدواب واللبس فى الثياب

(باب دعوى النسب)

 فى يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس فى الثياب *(باب دعوى النسب)* لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع فى بيان دعوى النسب لان الاول أكثر وقوعا فكان

(قوله أجيب بانه خصم باعتبار منازعته فى اليد) أقول قال فى النهاية ألا يرى أنه يتمكن من اثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر انتهى وفيه بحث لمخالفته لما صرح به قبيل هذا الكلام (قوله بناء على مسئلة أخرى) أقول هذا ناظر الى قوله قال بعض مشايخنا (قال المصنف فلا تستحق لاحدهما من غير حجة) أقول لا يخفى عليك ان هذا الكلام فى غير محله

(واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له) وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لان بيع

ذكرا (قال) أي القدوري في مختصره (واذا باع جارية بولد فادعاه البائع) اعلم أن صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل في ابتداء الكلام فقال أخذا من غاية البيان اعلم أن البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من سنتين أو لما بين المدتين وكل وجه على أربعة أوجه اما ان ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب انتهى أقول يرى فيه اختلال من وجهين الاول أنه قسم ادعاء البائع أو المشتري ولد الجارية المبيعة الى ثلاثة أوجه وهي ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من سنتين أو لما بين المدتين وقسم كل وجه منها الى أربعة أوجه وهي ان ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعيا معا أو على التعاقب فيلزم منه أن يكون الشيء قسم قسيمه حيث جعل ادعاء البائع أو المشتري مقسما ثم جعله قسيما من كل واحد من أقسامه الاربعة والثاني أن كلمة أو الداخلة على المشتري في قوله ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري تأبى دخول ادعائهما معا أو على التعاقب في المقسم فكيف يجعل هذان الوجهان داخلين في أقسام أقسامه ويمكن أن يتمحل عن الاول بان المقسم ادعاء البائع أو المشتري مطلقا أي أعم من ادعاء أحدهما منفردا ومن ادعائه منضما الى الآخر بالمعية أو التعاقب وقسم القسم هو ادعاء أحدهما وحده أو ادعاؤهما معا أو على التعاقب فيكون قسم القسم أخص من المقسم لا عينه وعن الثاني بان تحمل كلمة أو المذكورة على منع الخلو دون منع الجمع والاولى عندي في بيان الضابطة ههنا أن يقال اعلم أن الجارية اذا بيعت فجاءت بولد فاما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من سنتين أو لما بين المدتين وكل وجه من الاوجه الثلاثة على أربعة أوجه اما ان ادعى ذلك الولد البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب (فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم باع) وقد ادعاه البائع وحده كما مر في الكتاب (فهو) أي الولد (ابن البائع وأمه) أي أم الولد (أم ولد له) أي للبائع (وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته) أي دعوة البائع (باطلة لان البيع اعتراف منه) أي من البائع (بانه) أي الولد (عبد وكان) أي البائع (في دعواه مناقضا) والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها (ولا نسب بدون الدعوى) أي ولا ثبوت للنسب بدون الدعوى الصحيحة (وجه الاستحسان) أي وجه الاستحسان الذي نعمل به في هذه المسئلة (أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه) يعني أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع (لان الظاهر عدم الزنا) فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها (ومبنى النسب على الخفاء) هذا جواب عن التناقض وبيانه أن الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين أنه منه (فيعفى فيه التناقض) أي لا يمنع صحة الدعوى كما أن الزوج اذا أكذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر الى التناقض لمكان الخفاء في أمر العلوق وصار كالمكاتب اذا أقام البينة أن مولاه كان أعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته وتبطل الكتابة ولا يعتبر التناقض لخفاء الاعتاق حيث ينفرد المولى به وكالمختلعة اذا أقامت البينة أن الزوج كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فان بينتها تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به بخلاف دعوى البائع الاعتاق أو التدبير بعد البيع فان كل واحد من الاعتاق والتدبير فعل نفسه ولا يخفى عليه كذا حققوا (واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لان بيع

(قوله ومبنى النسب على الخفاء) لان العلوق أمر خفي فيعفى فيه التناقض كالمرأة تقيم البينة على الطلقات

أهم ذكرا فقدمه قال (واذا باع جارية فجاءت بولد الخ) اعلم أن البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من سنتين أو لما بين المدتين وكل وجه على أربعة أوجه اما ان ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة أشهر وقد ادعاه البائع وحده فهو ابن البائع وأمه أم ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا فلا تسمع دعواه كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها واذا لم تكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب اذ لا نسب في الجارية بدون الدعوى ووجه الاستحسان أنا تيقنا باتصال العلوق في ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها (قوله ومبنى النسب على الخفاء) جواب

(قوله باتصال العلوق في ملكه) أقول الظاهر بملكه بدل قوله في ملكه

ام

عن التناقض وذلك لان الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له أنه منه فيعفى فيه التناقض ولا كذلك العتق والتدبير وصار كالمرأة اذا أقامت البينة بعد الخلع على أن الزوج كان طلقها ثلاثا واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع أم ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن ان كان منقودا لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته لان دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية وتثبت لها أمية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري وان ادعياه معا يثبت نسبه من البائع عندنا لان دعوته أسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث

أم الولد لا يجوز (ويرد الثمن) لانه قبضه بغير حق (وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع أولى) لانها أسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع) لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة

أم الولد لا يجوز ويرد الثمن) أي ان كان منقودا (لانه قبضه بغير حق) فان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع كذا في الكافي وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته وثبت النسب منه لان دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية وتثبت لها أمية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول صحة التحرير من المشتري ظاهرة لان الجارية مملوكته في الحال فيملك اعتاقها واعتاق ولدها كما صرح به في النهاية وغيرها وأما صحة دعوته لحاجة الولد الى النسب فمشكلة بما مر في وجه الاستحسان من أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع فان مجرد حاجة الولد الى النسب كيف يفيد ثبوت النسب من المشتري عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك ويمكن أن يجاب بان تيقننا باتصال العلوق بملك البائع انما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع اذا ادعاه البائع وأما اذا لم يدعه البائع فلا يجوز أن يكون الولد من غيره بالنكاح فاذا ادعاه المشتري وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء لحاجة الولد الى النسب فصارت علة صحة دعوة المشتري وثبوت النسب منه في هذه الصورة حاجة الولد الى النسب مع امكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال لو ادعى المشتري قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشتري ويحمل على أن المشتري نكحها واستولدها ثم اشتراها انتهى (وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده) أي بعد دعوة البائع ذكر الضمير بتأويل الادعاء (فدعوة البائع أولى لانها أسبق) أما اذا كانت قبل دعوة المشتري فالامر ظاهر وأما اذا كانت بعد دعوة المشتري فلما أشار اليه بقوله (لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد) يعني أن دعوة البائع مستندة الى وقت العلوق لانها دعوة استيلاد ودعوة المشتري مقتصرة على الحال لانها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت أولى ثم انه ضمن قوله وهذه دعوة استيلاد الجواب عن دخل مقدر تقديره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك في الحال وجه الجواب أن دعوته دعوة استيلاد وهي لا تفتقر الى قيام الملك في الحال لانها تستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما سيجيء (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة) يعني

الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة (قوله وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع) يعني ادعياه معا فدعوة البائع أولى وعند ابراهيم النخعي رحمه الله دعوة المشتري أولى لان له حقيقة الملك فيها وفي ولدها وللبائع حق استحقاق النسب ولا يعارض الحق الحقيقة كما لو ادعى المولى وأبوه ولد الجارية يثبت النسب من المولى لما ذكرنا (قوله وهذه دعوة استيلاد) يعني دعوة البائع لان أصل العلوق في ملكه ودعوة

كان في ملكه ودعوى المشتري دعوى تحرير فان أصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين دعوى التحرير ودعوى الاستيلاد لاقتصار الاولى على الحال دون الثانية فكان البائع أولى (قوله وهذه دعوة استيلاد) جواب دخل تقريره كيف تصح الدعوة والملك معدوم ووجهه أنها دعوة استيلاد وهي لا تفتقر الى قيام الملك في الحال لانه يستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء وكذلك ان ادعى المشتري بعد البائع لاستغناء الولد حينئذ عن النسب (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع فاما أن يصدقه المشتري أو لا فان كان الثاني فلا تصح دعوة البائع) لان الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقينا وان كان الاول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الام فلا تصير أم ولد واذا لم تصر أم ولد بقيت الدعوة في الولد دعوة تحرير وغير

(قوله بكون العلوق منه) أقول الباء زائدة (قوله ولا كذلك العتق والتدبير) أقول لانه فعل نفسه ولا يخفى عليه فلا يعذر (قوله وصار كالمرأة اذا أقامت البينة) أقول فان بينتها تقبل مع التناقض في الدعوى للخفاء عليها لان الزوج ينفرد بالطلاق (قوله ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد) أقول يعني دعوة الاستيلاد أقوى لسبقها فلا يعارضها دعوة التحرير اذ لا مساواة في القوة (قوله واذا لم تصر أم ولد بقي الخ) أقول شرح لا يطابق المشروح كما لا يخفى على المتأمل

المالك ليس من أهله والبائع ليس بمالك وان ادعاه المشترى وحده صح دعوته وان ادعياه معا أو متعاقبا صح دعوة المشترى لان البائع كالاجنبى وان جاءت به بين المدتين فاما أن يصدقه المشترى أولا فان لم يصدقه لم تقبل دعوة البائع فيه لاحتمال أن لا يكون العلوق فى ملكه

(الا اذا صدقه المشترى) فيثبت النسب و يحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا أن العلوق لم يكن فى ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله, وان جاءت به لا كثر من ستة أشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا أن يصدقه المشترى) لانه احتمل أن لا يكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب و يبطل البيع والولد حر والام أم ولد له كما فى المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك

أن الشاهد على كون الولد منه انما هو اتصال العلوق بملكه تيقنا ولم يوجد ذلك ههنا فلم تصح دعوته (الا اذا صدقه المشترى فيثبت النسب و يحمل على الاستيلاد بالنكاح) حملا لامره على الصلاح وقول المشترى على الصدق (ولا يبطل البيع لانا تيقنا أن العلوق لم يكن فى ملكه فلا يثبت حقيقة العتق) أى للولد (ولا حقه) أى ولا يثبت حق العتق وهو أمومية الولد للام فيبقى الولد عبدا للمشترى ولا تصير الام أم ولد للبائع كما اذا ادعاه أجنبى آخر كذا فى الكافى وغيره (وهذه) أى دعوة البائع ههنا (دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله) أى ليس من أهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا تصح دعوة التحرير منه اعلم أن الدعوة نوعان دعوة استيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هى ان يكون علوق المدعى فى ملك المدعى وهذه الدعوى تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فيتبين أنه علق حرا ودعوة التحرير أن يكون علوق المدعى فى غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم تصور الاستيلاد لعدم الملك وقت العلوق كذا فى البدائع وان ادعاه المشترى وحده فى هذا الوجه صحت دعوته وان ادعياه معا أو متعاقبا صح دعوة المشترى دون البائع لانه كالاجنبى كذا فى العناية وغيرها (وان جاءت به لا كثر من ستة أشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه) أى فى هذا الوجه (الا أن يصدقه المشترى لانه احتمل أن لا يكون العلوق فى ملكه) أى فى ملك البائع (فلم توجد الحجة) وهى اتصال العلوق بملكه تيقنا (فلا بد من تصديقه) أى من تصديق المشترى اياه (واذا صدقه يثبت النسب و يبطل البيع والولد حر والام أم ولد له كما فى المسئلة الاولى) وهى ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم باع (لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك) وان ادعاه المشترى وحده فى هذا الوجه صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق فى ملكه ففيما يحتمله أولى ويكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق فى ملكه ممكن وان ادعياه معا أو متعاقبا فالمشترى أولى لان البائع فى هذه الحالة كالاجنبى وهذا الذى ذكر كله اذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة أما اذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لاقل من أقل مدة الحمل أو لا كثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فان ادعاه البائع وحده لا تصح دعوته الا أن يصدقه المشترى لعدم تيقن

المشترى دعوة تحرير وانما الاتعارض دعوة الاستيلاد لان دعوة التحرير تقتصر على الحال ودعوة الاستيلاد تستند الى وقت العلوق فكانت سابقة معنى فكأنها سبقت صورة وفى المبسوط لو ادعاه المشترى أولا يثبت النسب منه لانها مملوكة فى الحال بملك اعتاقها واعتاق ولدها فصح دعوته أيضا لحاجة الولد الى النسب والحرية وتثبت لها أمومية الولد باقراره ولا تصح دعوة البائع بعد ذلك لان الولد قد استغنى عن النسب حتى يثبت نسبه من المشترى ولانه ثبت فيه ما لا يحتمل الابطال وهو حقيقة النسب فيبطل به حق استحقاق النسب الذى كان للبائع ضرورة وفى النهاية قوله وهذه دعوة استيلاد احتراز عن التحرير يعنى لما كانت هذه الدعوة دعوة استيلاد لم تفتقر الى حقيقة الملك لصحة الدعوة فى الحال بخلاف دعوى التحرير على ما يجىء بعد و يحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصحة ولا يعتق الولد (قوله فلا تثبت حقيقة العتق) أى فى الولد

فلم توجد الحجة وان صدقه المشترى يثبت النسب و يبطل البيع والولد حر والام أم ولد كما فى المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك وان ادعاه المشترى وحده صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق فى ملكه ففيما يحتمله أولى وتكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق فى ملكه ممكن وان ادعياه معا أو متعاقبا فالمشترى أولى لان البائع فى هذه الحالة كالاجنبى هذا اذا كانت المدة معلومة أما اذا لم يعلم بانها ولدت بعد البيع لاقل من أقل من مدة الحمل أو لا كثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فدعوة البائع وحده لا تصح بغير تصديق المشترى لعدم تيقن العلوق فى ملكه ودعوة المشترى وحده صحيحة لاحتمال كون العلوق فى ملك البائع ان جاءت به لاقل المدة لا يمنع دعوة المشترى وان ادعياه معا لم تصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبدا للمشترى لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لا كثر من أقل المدة كان النسب للمشترى فوقع الشك فى ثبوته فلا يثبت به فان قيل فى جانب المشترى يثبت فى وجهين وفى جانب البائع فى وجه واحد فكان المشترى أولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا وان ادعياه متعاقبا ان سبق المشترى صحت دعوته وان سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك فى ثبوت النسب من كل واحد منهما (فان

قال (فان مات الولد فادعاه البائع الخ) الاصل فى هذه أنه اذا حدث فى الولد ما لا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة و ينفى ثبوت النسب وعلى هذا ان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد فى الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد

(فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد فى الام) لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام (وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر يثبت النسب فى الولد وأخذه البائع) لان الولد هو الاصل فى النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد أصلا لانها تضاف اليه يقال أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام أعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى (و يرد الثمن كله فى قول أبى حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام) لانه تبين أنه باع أم ولده وماليتها غير متقومة عنده فى العقد والغصب

العلوق فى ملكه وان ادعاه المشترى وحده صح دعوته لان أكثر ما فى الباب كون العلوق فى ملك البائع بان جاءت به لاقل من ستة أشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشترى وان ادعياه معا لم تصح دعوة واحد منهما و يكون الولد عبدا للمشترى لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لا كثر من أقل المدة كان النسب للمشترى فوقع الشك فى ثبوته فلا يثبت وان ادعياه متعاقبا فان سبق المشترى صحت دعوته وان سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك فى ثبوت النسب من كل واحد منهما كذا فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده وكذا فى العناية قال فى الكافى ولو تنازعا فالبينة للمشترى أى اذا باع أمة فولدت عند المشترى فقال البائع بعتها منك منذ شهر والولد منى وقال المشترى بعتها منى لا كثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشترى بالاتفاق لان البائع يدعى انتقاض البيع والمشترى ينكر فان أقاما البينة فالبينة للمشترى أيضا عند أبى يوسف لانه أثبت زيادة مدة فى الشراء وعند محمد البينة للبائع لانه يثبت نسب الولد واستيلاد الامة وانتقاض البيع فكان أكثر اثباتا انتهى (فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر) أى والحال أنها جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر (لم يثبت الاستيلاد فى الام) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لانها) أى لان الام (تابعة للولد) أى فى هذا الباب على ما يجىء بيانه (ولم يثبت نسبه) أى نسب الولد (بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك) أى لعدم حاجة الولد الى النسب بعد الموت (فلا يتبعه استيلاد الام) لعدم تصور ثبوت الحكم فى التبع بدون ثبوته فى المتبوع (وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر يثبت النسب فى الولد وأخذه البائع) هذا أيضا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله, لان الولد هو الاصل فى النسب فلا يضره فوات التبع) يعنى أن الولد لما كان هو الاصل كان المعتبر بقاءه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع لان تعذر الفرع لا يبطل الاصل بخلاف العكس (وانما كان الولد أصلا لانها) أى لان الام (تضاف اليه) أى الى الولد حيث (يقال أم الولد) والاضافة الى الشىء أمارة أصالة المضاف اليه (وتستفيد الحرية من جهته) عطف على تضاف اليه أى وتستفيد الام الحرية من جهة الولد (لقوله عليه السلام أعتقها ولدها) قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تعتقها (والثابت لها) أى ولان الثابت للام (حق الحرية) وهو أمومية الولد (وله) أى والثابت للولد (حقيقتها) أى حقيقة الحرية (والادنى يتبع الاعلى) دائما دون العكس فحق الحرية الذى هو الادنى يتبع حقيقة الحرية التى هى الاعلى دون العكس (و يرد الثمن كله فى قول أبى حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام) وهذا من تمام لفظ القدورى الذى ذكر فيما مر آنفا قال المصنف (لانه تبين أنه باع أم ولده) أى تبين بثبوت نسب الولد من البائع أنه باع أم ولده و بيعها باطل (وماليتها) أى ولكن مالية أم الولد (غير متقومة عنده) أى عند أبى حنيفة (فى العقد والغصب

ولا حقه أى فى الام

الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام (وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر يثبت نسب الولد وأخذه لانه أصل) لاضافتها اليه حيث يقال أم الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تعتقها ولان الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن فى الاصل ما يمنع الدعوة لم يضر فوات التبع و يرد الثمن كله فى قول أبى حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا بناء على أن مالية أم الولد غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى وعندهما متقومة فيضمنها وذكر المصنف رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت فاذا أعتق المشترى الام وادعى البائع الولد فهو ابنه يرد عليه حصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الام فما أصاب الام يلزم المشترى وما أصاب الولد سقط عنه عندهما وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره ولو كان المشترى أعتق الولد فدعوته باطلة اذا لم يصدقه المشترى فى دعواه وذكر الفرق استظهارا فانه كان معلوما من مسئلة الموت (والاصل فى هذا

(قوله لانه أصل لاضافتها اليه الخ) أقول الدليلان الاخيران يدلان على الاصالة فى النسب بل فى العتق (قوله فى هذا الباب أعنى به الخ) أقول

الباب) أعني به ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب (والام تابعة له) في ذلك كما مر (وفي الفصل الاول)
يعني فيما اذا أعتق المشتري الام (قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل
وهو الولد) فان قيل اذالم يمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فكان ينبغي أن يبطل البيع واعتاق المشتري أجاب بقوله (وليس من ضروراته) أي ليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه (كما في ولد المغرور) وهو ما اذا اشترى الرجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها فاستحقت فانه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب من أبيه وليست أمه أم ولد لابيه (وكما في المستولدة بالنكاح) بان تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فاذا هي أمة

فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما أعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق أن الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الفصل الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وأمه أمة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح

فلا يضمنها المشتري وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (متقومة فيضمنها) أي فيضمنها المشتري فاذا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد كي لا يجتمع البدل والمبدل ولا يجب عليه رد حصة مالم يسلم له وهي الام قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام بهذا المنوال هكذا ذكروا الحكم في قولهما وكان ينبغي أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله انتهى فتأمل (وفي الجامع الصغير) ذكر رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت (واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الام فهو ابنه) أي فالولد ابن البائع (يرد عليه بحصته من الثمن) أي يرد على البائع بحصة الولد من الثمن الذي كان نقده البائع فيقسم الثمن على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة فما أصاب الام يلزم المشتري وما أصاب الولد سقط عنه ولا تصير الجارية أم ولد للبائع لانه ثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الابطال وهو الولاء كذا في الشروح وسائر المعتبرات (ولو كان المشتري انما أعتق الولد فدعوته) أي دعوة البائع (باطلة) أي اذا لم يصدقه المشتري في دعواه كذا في الشروح (ووجه الفرق) انما ذكره استظهارا اذ قد كان معلوما من مسئلة الموت (أن الاصل في هذا الباب الولد) قال صاحب النهاية أي الاصل في باب ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب وقد اقتفى أثره في هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول لا يخفى ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ والمعنى فالاوجه في التفسير أن يقال أي الاصل في باب الدعوة والاستيلاد هو الولد (والام تابعة له على ما مر) في مسئلة الموت آنفا (وفي الفصل الاول) وهو ما اذا ادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الام وفي بعض النسخ وفي الوجه الاول (قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو) أي المانع منهما (العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته) أي ثبوت ماذكره من الدعوة والاستيلاد (في الاصل وهو الولد) لان امتناع الحكم في التبع لا يوجب امتناعه في الاصل فان قيل اذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاد للبائع في الولد ثبت نسب الولد من البائع لكون العلوق في ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فينبغي أن يبطل البيع واعتاق المشتري أجاب بقوله (وليس من ضروراته) أي وليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت نسب الولد وحريته يعني أن ذلك وان كان من أحكامه الا أنه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه لجواز انفكاكه عنه (كما في ولد المغرور) وهو ولد من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق كذا ذكره المصنف فيما سيجيء في آخر هذا الباب (فانه) أي ولد المغرور (حر) أي حر الاصل ثابت النسب من المستولد (وأمه أمة لمولاها) فلا تصير أم ولد للمستولد بل تكون رقيقة حتى تباع في السوق (وكما في المستولدة بالنكاح) يعني اذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت

(قوله وليس من ضروراته) أي وليس من ضرورات ثبوت العتق في الولد بالنسب ثبوت الاستيلاد في الام

الاظهر أن يقال يعني به باب الدعوة والاستيلاد هو الولد الخ فان الولد هو المقصود من الدعوة كما لا يخفى على المتأمل (قوله هو ثبوت الخ) أقول قوله هو راجع الى الاصل (قوله أي ليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت العتق) أقول وان كان من أحكامه (قوله وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج الخ) أقول فيه أن هذا على ماذكره من قبيل ولد المغرور كما يجيء في آخر الفصل فلا وجه للمقابلة والظاهر أن حرية الولد لا تمس اليها الحاجة وذكرها في المثال الاول استطرادي فليتأمل وفي

(وفي الفصل الثاني) وهو ما اذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع انه ولده (قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أي ثبوت ماذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد (فيه وفي التبع) وقوله (وانما كان الاعتاق مانعا) بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع ومعناه أن الاعتاق من المشتري كحق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الام في أن كل واحد منهما لا يحتمل النقض فليس لفعل أحدهما على فعل الآخر ترجيح من هذا الوجه وربما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة أشهر فاعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض للعتق كما ترى وأجيب بان التوأمين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما والحكم بصيرورته حر الاصل ثبوت النسب للآخر ولقائل أن يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق في أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في أحدهما ثبوته في الآخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن أن يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته أجيب بانه غير مقصود فلا معتبر به

وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه

نسب الولد ولا تثبت أمية الولد كذا في غاية البيان ويطابقه ماذكره صاحب الكافي حيث قال وكما في المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد أمة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا تصير الامة أم ولده انتهى وكذا ماذكره صاحب البدائع حيث قال كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له للحال الا أن علكها بوجه من الوجوه اهـ قال صاحب النهاية والعناية في شرح قول المصنف وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فاذا هي أمة انتهى أقول هذا المعنى ههنا غير صحيح لان الصورة التي ذكراها قسم من قسمي ولد المغرور كما سيظهر مما ذكره المصنف في آخر هذا الباب ونبهت عليه فيما مر آنفا فلا وجه لان يذكرها المصنف في مقابلة ولد المغرور كما لا يخفى فان قلت ان صاحبي النهاية والعناية فسرا ولد المغرور في قول المصنف كما في ولد المغرور بقولهما وهو ما اذا اشترى رجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها ثم استحقت انتهى فحينئذ يكون المراد بولد المغرور في كلام المصنف أحد قسميه وهو ما حصل بالاعتماد على ملك اليمين وبالمذكور في مقابلته قسمه الآخر وهو ما حصل بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور قلت ذلك التفسير منهما تقصير آخر فانه مع كونه تقييد الكلام المطلق بلا مقتض له مؤد الى تقليل الامثلة في مقام يطلب فيه التكثير فلا يندفع به المحذور بل يتأكد (وفي الفصل الثاني) وهو ما اذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع (قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أي ثبوت ماذكر من الدعوة والاستيلاد (فيه) أي في الاصل (وفي التبع) لان امتناع الحكم في الاصل يوجب امتناعه في التبع أيضا (وانما كان الاعتاق مانعا) قال متقدمو الشراح أي وانما كان اعتاق المشتري الولد مانعا لدعوة البائع اياه وقال صاحب العناية أخذا منهم قوله وانما كان الاعتاق مانعا بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى أقول بل هذا بيان لمانعية عتق الام عن ثبوت الاستيلاد في حقها بدعوة البائع ولمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب في حقه بدعوة البائع أيضا والمعنى انما كان اعتاق المشتري الام والولد مانعا عن دعوة الاستيلاد أو دعوة النسب فيشمل الفصلين معا كما ينادي عليه عبارات المصنف في أثناء البيان على ما ترى وفيما ذهب اليه الشراح تخصيص البيان بالفصل الثاني وهو تقصير في حق المقام وشرح الكلام (لانه) أي لان الاعتاق (لا يحتمل النقض كحق استلحاق الولد وحق الاستيلاد) يعني أن الاعتاق من المشتري كحق استلحاق النسب من البائع في الولد وحق الاستيلاد من البائع في الام في أن كل واحد منهما لا يحتمل النقض (فاستويا) أي استوى اعتاق المشتري وحق البائع استلحاقا واستيلادا (من هذا الوجه) أي من حيث انهما لا يحتملان النقض فليس لفعل أحدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه قال صاحب العناية وربما اذا باع

في ولد المغرور فانه حر الاصل ثابت النسب من المستولد وأمه ليست بام ولده بل هي أمة لمولاه وكما في

(قوله وأجيب بان التوأمين الى قوله ثبوت النسب للآخر) أقول يعني أن مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض أنه لا يحتمله قصدا وفيما ذكرتم النقض ضمني لا قصدي وكم من شيء لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا (قوله ولقائل أن يقول اذا كان كذلك الخ) أقول أشار بقوله كذلك الى قوله بان التوأمين في حكم ولد واحد (قوله فمن ضرورة ثبوت العتق الخ) أقول يعني يجب أن يكون كذلك والا لزم الخ (قوله ويمكن أن يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الآخر لزمه الخ) أقول أي لزم المشتري ضمان قيمة الولد الآخر فيما اذا باع أحد التوأمين ثم ادعى البائع الذي في يده وقد أعتق المشتري ما اشتراه (قوله وفي ذلك ضرر زائد) أقول ولذلك لم يجعل من ضروراته استحسانا والا كان القياس ذلك فيه أيضا فليتأمل ثم قوله ضرر زائد معناه للمشتري (قوله فان عورض) أقول يعني هذا الجواب (قوله بانه غير مقصود) أقول بل ضمني ثم ان الضمير في قوله بانه راجع الى السعي في قوله كان ذلك سعيا الخ

ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق والثابت فى الام حق الحرية وفى الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة

جارية حبلى فولدت ولدين فى بطن واحد لاقل من ستة أشهر فاعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشترى وذلك نقض للعتق كما ترى وأجيب بان التوأمين فى حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بصيرورته حر الاصل ثبوت النسب للآخر ولقائل أن يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق فى أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق فى أحدهما ثبوته فى الآخر والازم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن أن يجاب عنه بانه ان ثبت العتق فى الآخر لزمه ضمان قيمته وفى ذلك ضرر زائد انتهى أقول السؤال الاول وجوابه مما ذكره بعض الشراح أيضا ولهما وجه وجيه وأما السؤال الثانى وجوابه فمن مخترعاته وليسا بشئ أما السؤال فلان مراد المجيب عن السؤال الاول أن التوأمين فى حكم ولد واحد فى باب النسب بناء على أن مدار النسب على العلوق وعلوقهما واحد لكونهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وليس مراده أنهما فى حكم ولد واحد فى جميع الاحوال حتى يتوجه السؤال كيف ومدار العتق على الرقبة ولا شك أن رقبتيهما متغايرتان فما يترتب على احداهما لا يلزم أن يترتب على الاخرى كما لا يخفى وأما الجواب فلانه ان أراد أنه ان ثبت العتق فى الآخر لزم الآخر ضمان قيمته كما اذا أعتق المولى بعض عبده على قول أبى حنيفة حيث يلزم العبد عنده ضمان قيمة بعضه الآخر أى السعاية فى بقية قيمته لمولاه فلا نسلم أن فى ذلك ضررا زائدا اذ الضمان فى مقابلة العتق لا يعد ضررا أصلا ولو سلم ذلك فيعارض بالنسب أيضا قطعا فانه اذا ثبت النسب فى الآخر لزم البائع ضمان قيمته أى رد حصته من الثمن على المشترى فيلزم أن يتحقق هنالك أيضا ضرر زائد وان أراد أنه ان ثبت العتق فى الآخر لزم المشترى ضمان قيمته أى اتلاف قيمته فيعارض بالنسب أيضا قطعا فانه اذا ثبت النسب فى الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشترى على تقدير ثبوت العتق فى الآخر ضمان قيمته فيلزم أن يتحقق هنالك أيضا ضرر زائد فلا يتصور الترجيح فى صورة التوأمين أيضا والغرض خلافه ثم أقول بدل السؤال الثانى وجوابه ولقائل أن يقول اذا كان الحكم فى التوأمين كذلك كان عتق المشترى مما يحتمل النقض وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن أن يجاب عنه بان مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض أنه لا يحتمله قصدا واللازم فى مسئلة التوأمين احتماله النقض ضمنا وكم من شئ لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا وسيجئ فى الكتاب هذا الفرق بين المسئلتين ثم ان صاحب العناية قال بعد ما سبق من سؤاله الثانى وجوابه فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب فى الذى عنده كان ذلك سعيا فى نقض ما تم من جهته أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به انتهى أقول فيعارض بان الضرر الزائد الذى يلزم على تقدير ثبوت العتق فى الآخر غير مقصود أيضا فلا معتبر به أيضا فلا يخلو الجواب عن معارضة ما (ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق) يريد بيان رجحان ما فى جانب المشترى بأن الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق (والثابت فى الام حق الحرية وفى الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة) لان الحقيقة أقوى من الحق قال صاحب العناية ونوقض بالمالك القديم مع المشترى من العدو فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشترى حقيقته وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض أن الحقيقة أولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن أن يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا بأخذه بالقيمة جمعا بينهما انتهى أقول النقض مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ولهما وجه صحيح وأما النظر مع جوابه فمن عند نفسه وليسا بصحيحين أما النظر فلانا لا نسلم أن

المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد أمة الغير بنكاح ثبت نسبه ولا تصير الامة أم ولده

(قوله ثم الثابت) بيان ترجيح الاعتاق على الاستلحاق فان الثابت (من المشترى حقيقة الاعتاق والثابت) للبائع (فى الولد حق الدعوة وفى الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة) ونوقض بالمالك القديم مع المشترى من العدو فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشترى حقيقته وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض أن الحقيقة أولى

(قال المصنف والثابت فى الام حق الحرية وفى الولد الخ) أقول وربما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين فى بطن واحد لاقل من ستة أشهر فاعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشترى وذلك نقض العتق كما ترى وأجيب بان التوأمين فى حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما فى الحكم بصيرورته حر الاصل ثبوت النسب للآخر

فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن أن يجاب بأن هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا وأحرزوا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا بأخذه بالقيمة جمعا بينهما (والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك (قوله وقوله فى الفصل الاول) يريد به أن ما نقل عن الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشترى الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا فى فصل الموت وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر شمس الائمة فى المبسوط وقاضى خان والمحبوبى انه يرد بما يخص الولد من الثمن بخلاف الموت وفرقوا

والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله فى الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا فى فصل الموت

مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ألا يرى نجمع بين الفرائض والواجبات والمستحبات فى العمل مع تقرر بقاء رجحان البعض على البعض بحاله وانما يظهر أثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بان لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما لا يخفى وأما الجواب فلان المجتهد بخلافنا فى مسئلة تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدارهم هو الشافعى وهو متأخر الزمان عن اجتهاد أئمتنا فكيف يوقع اجتهاده شبهة فيما اجتهدوا فيه حتى تنحط بها هذه الحقيقة من درجة الحقائق عند أئمتنا فيصح بناء الجواب عليه (والتدبير بمنزلة الاعتاق) أى فى الحكم المذكور وكذا الاستيلاد بمنزلته فى ذلك الحكم على ما صرح به صاحبا النهاية ومعراج الدراية فى صدر مسئلتنا هذه نقلا عن الامام التمرتاشى (لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك (وقوله فى الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما) يعنى أن ما ذكر فى الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشترى الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (وعنده) أى عند أبى حنيفة (يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا فى فصل الموت) قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة فى المبسوط والامام قاضيخان والامام المحبوبى فى الجامع الصغير انه يرد بما يخص الولد من الثمن لا بكل الثمن عند أبى حنيفة أيضا بخلاف فصل الموت وذكروا الفرق بينهما بان فى الاعتاق كذب القاضى البائع فيما زعم أنها أم ولده حين جعلها معتقة المشترى أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة وأما فى فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف

(قوله والتدبير مثل الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية) كامتناع التمليك من الغير (قوله وهذه دعوة تحرير) أى دعوة البائع (قوله فى العقد والغصب) حتى اذا اشترى أم ولد الغير وماتت فى يده لا يضمن المشترى قيمتها وكذا لو غصبها فماتت لا يضمن عند أبى حنيفة رحمه الله (قوله فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن) والفرق بين هذا وبين ما اذا ماتت الام فان ثمة يرد بجميع الثمن عند أبى حنيفة رحمه الله هو أن فى الموت لو ثبتت أمومية الولد لا يبطل حكم من الاحكام ولا كذلك فى اعتاقها لانه يبطل العتق الثابت من المالك ولانه لو قلنا ببطلان العتق يلزم ابطال الحقيقة بالحق ولا يلزم على هذا ما اذا باع أحد التوأمين فاعتقه المشترى ثم ادعى البائع نسب الذى عنده ثبت نسبه وبطل عتق المشترى لانه ضرورى وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا (قوله وليس من ضروراته) أى ثبوت أمومية الولد ليس من ضروراته ثبوت النسب كما فى ولد المغرور (قوله لانه لا يحتمل النقض) أى الاعتاق لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب أى فى الولد وحق الاستيلاد أى فى الام فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق والثابت فى الام حق الحرية وفى الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة (قوله فى الفصل الاول) أراد به ما اذا ادعى

بينهما بان فى الاعتاق كذب القاضى البائع فيما زعم انها أم ولده حيث جعلها معتقة المشترى أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة وأما فى فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقى زعمه معتبرا فى حقه فيرد جميع الثمن والذى اختاره المصنف هو ما ذكره شمس الائمة فى الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لا قيمة لها وقالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل فى الجارية ولهذا لا يبطل اعتاق المشترى قيل الواجب أن لا يكون للولد حصة من الثمن بحدوثه بعد قبض المشترى ولا حصة للولد الحادث بعد القبض وأجيب بان ذلك من حيث الصورة وأما من حيث المعنى فهو كحادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة

(قوله فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح) أقول أنت خبير بانه لا يلزم التسوية مطلقا ألا يرى أنه اذا لم يمكن الجمع يعمل بالحقيقة دون الحق وعند ذلك يظهر رجحان الحقيقة على الحق قال المصنف (وقوله فى الفصل الاول الخ) أقول قوله وقوله مبتدأ وقوله قولهما خبره (قوله وقوله هو الصحيح احتراز الى قوله من الثمن الخ) أقول قال فى غاية البيان وهكذا ذكر محمد فى الجامع الصغير حيث قال فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يشترى الجارية فتلد عنده ولدا وقد كان أصل الحبل عند البائع وأعتق المشترى الام ثم ادعى البائع الولد قال هو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن الى هنا لفظ محمد وهكذا ذكر الحاكم الشهيد فى الكافى والكرخى والطحاوى فى مختصريهما وكذلك ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير وكذلك ذكر شمس الائمة البيهقى فى الشامل والكفاية (قوله وكيف يسترد كل الثمن) أقول قال الامام الزيلعى بل يرد حصة

قال (ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع) لان البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الام أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشترى لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه

مازعم البائع فبقى زعمه معتبرا فى حقه فرد جميع الثمن ثم اعلم أن الذى اختاره المصنف وصححه هو ماذكره شمس الائمة فى الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لا قيمة لها ولكن قالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل فى الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشترى فان قيل ينبغى أن لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشترى ولا حصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد انما حدث بعد القبض من حيث الصورة وأما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه فى ملك البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشترى وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه ههنا بالدعوة كذا فى الشروح (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن باع عبدا ولد عنده) أى كان أصل العلوق فى ملكه (وباعه المشترى) أى ثم باعه المشترى (من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه) أى الولد ابن البائع الاول (ويبطل البيع) أى يبطل البيع الاول والثانى (لان البيع يحتمل النقض وماله) أى وما للبائع (من حق الدعوة لا يحتمله) أى لا يحتمل النقض (فينتقض البيع لاجله) أى لاجل ما للبائع من حق الدعوة قال المصنف (وكذا) أى وكحكم المسئلة السابقة الحكم (اذا كاتب الولد) أى اذا كاتب المشترى الولد (أو رهنه أو آجره أو كاتب الام) أى كاتب المشترى الام فيما اذا اشتراها مع ولدها (أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة) أى ثم وجدت دعوة البائع (لان هذه العوارض تحتمل النقض) كالبيع (فينتقض ذلك كله) أى فتنتقض تلك العوارض كلها ذكر اسم الاشارة والضمير بتأويل ما ذكر (وتصح الدعوة) لكونها مما لا يحتمل النقض واعلم أن هذه المسائل من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة الجامع الصغير (بخلاف الاعتاق والتدبير) فانهما لا يحتملان النقض (على ما مر آنفا) (بخلاف ما اذا ادعاه) أى الولد (المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشترى لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه) أى كاعتاق المشترى قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان وأما الدعوة من المشترى ومن البائع فيتساويان فى أن الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن أن يجاب عنه بان التساوى بين العتق والدعوة فى عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشترى على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب فى وقت لا مزاحم له فلا حاجة الى الثانية انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله فى السؤال الثابت بالاعتاق

البائع الولد وقد أعتق المشترى الام يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده بكل الثمن هو الصحيح وذكر فى المبسوط يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق بين الموت والعتق ووجهه أن القاضى كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشترى فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد حصتها أيضا فان قيل يجب أن لا تكون للولد حصة من الثمن لانه حادث بعد قبض المشترى ولا حصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد ان حدث صورة بعد القبض فمن حيث المعنى حادث قبل القبض فان البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشترى كما قبل القبض بسبيل من الفسخ بالاستهلاك واذا كان حادثا قبل القبض معنى فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه بالدعوة ههنا فتصير له حصة من الثمن كما لو قتل الولد الحادث قبل القبض (قوله ومن باع عبدا ولد عنده) أى كان أصل العلوق فى ملكه

قال (ومن باع عبدا ولد عنده الخ) والاصل فى هذا انه اذا حدث فى الولد ما يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوة فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده يعنى كان أصل العلوق فى ملكه ثم باعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتماله النقض وما للبائع من حق الدعوة لا يحتمله فينقض لاجله وكذا اذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الام أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض لاجل ما لا يحتمله بخلاف الاعتاق والتدبير لما تقدم وبخلاف ما اذا ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشترى لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه

لولد فقط بان يقسم الثمن على قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم القبض لانها دخلت فى ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة بالولادة فيعتبر قيمته عند ذلك انتهى وفى غاية البيان نقلا عن مختصر الكرخى وكفاية شمس الائمة البيهقى أنه يقسم الثمن على قيمة الام يوم وقع العقد وعلى قيمة الولد يوم ولد

قال

ولقائل أن يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان وأما الدعوة من المشترى ومن البائع

قال (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثانى حادثا لانه لا حبل لاقل من ستة أشهر وفى الجامع الصغير اذا كان فى يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع الذى فى يده فهما ابناه وبطل عتق المشترى لانه لما ثبت نسب الولد الذى عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت به حرية الاصل فيه فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين أن عتق المشترى وشراءه لاقى حرية الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا

حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بان قال فيه بحث فان الثابت بها فى حق الولد حقيقة الحرية أيضا بل حرية الاصل كما سيجىء انتهى أقول هذا مندفع لان حقيقة حرية الاصل انما تثبت بالدعوة للولد ومراد صاحب العناية أن الثابت بالدعوة للبائع حقها الان مدار الكلام فى جنس ما نحن فيه من المسائل على أن الترجيح هل هو فى جانب البائع أو فى جانب المشترى ولا شك أن الثابت بالدعوة للبائع على كل حال انما هو الحق وهو حق استلحاق النسب فى الولد وحق الاستيلاد فى الام على ما مر فى الكتاب وتقرر وقد عبر عنه صاحب العناية ههنا بحق الحرية لتأديه الى الحرية وكذا الحال بالنظر الى دعوة المشترى فانتظم السؤال والجواب وان كان فى تقريره نوع ضيق واضطراب (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن ادعى نسب أحد التوأمين) التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر فى بطن واحد يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ ويقال للانثى توأمة كذا فى المغرب ولكن الامام شمس الائمة السرخسى ذكر فى المبسوط أن ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح فى اللغة حتى لو قال غلامان توأم وغلامان توأمان كلاهما صحيح عند أهل اللغة كذا فى النهاية وغيرها (ثبت نسبهما منه) أى ثبت نسب التوأمين معا ممن ادعى نسب أحدهما (لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا) أى كونهما من ماء واحد (لان التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثانى حادثا) أى بعد ولادة الاول (لانه لا حبل لاقل من ستة أشهر) لان أقل مدة الحمل ستة أشهر ولا يتصور علوق الثانى على علوق الاول لانها اذا حبلت ينسد فم الرحم كذا فى الكافى وغيره وكان المصنف لم يتعرض لدفع هذا الاحتمال لكونه أمرا معلوما فى غير هذا الفن (وفى الجامع الصغير) قال فى العناية ذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب فى الآخر بعد اعتاق المشترى اه وقال فى معراج الدراية انما أعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهى قوله ولدا عنده وفيه اشارة الى كون العلوق فى ملك المدعى اه (اذا كان فى يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع الذى فى يده فهما ابناه وبطل عتق المشترى) ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التأويل كذا فى العناية قال المصنف فى التعليل (لانه لما ثبت نسب الولد الذى عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه) أى فى أن يصادف العلوق والدعوة ملكه فان فى قوله ولدا عنده اشارة الى مصادفة العلوق ملكه وفى قوله ثم ادعى البائع الذى فى يده تصريح بمصادفة الدعوى ملكه (ثبت به حرية الاصل) جواب لما ثبت نسب الولد الذى عنده أى ثبت حرية الاصل فى هذا الولد (فيثبت نسب الآخر) أى فيثبت نسب الولد الآخر الذى كان باعه وأعتقه المشترى (وحرية الاصل فيه) أى ويثبت حرية الاصل فى ذلك الولد أيضا (ضرورة لانهما توأمان) وهما من ماء واحد فتبين أن عتق المشترى وشراءه لاقى حر الاصل فبطل) أى فبطل كل واحد من عتقه وشرائه قال فى الكافى وكان هذا نقض الاعتاق بامر فوقه وهى الحرية الثابتة باصل الخلقة انتهى (بخلاف ما اذا كان الولد واحدا) حيث

(قوله بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هنالك يبطل العتق فيه مقصودا) يعنى لو بطل عتق المشترى فى

على هذه الزيادة (قوله قال شمس الائمة يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمان) أقول وفى المغرب التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر فى بطن واحد يقال هما توأمان وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ ويقال للانثى توأمة انتهى فما فى المغرب يخالف ما ذكره شمس الائمة السرخسى

فتساويان فى أن الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن أن يجاب عنه بان التساوى بين العتق والدعوة فى عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشترى على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب فى وقت لا مزاحم له فلا حاجة الى الثانية (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) وكلامه فيه ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب فى الآخر بعد اعتاق المشترى قال شمس الائمة السرخسى يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمان قوله (وبطل عتق المشترى) ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التأويل وكلامه ظاهر وقد تقدم الكلام فيه سؤالا وجوابا قوله (بخلاف ما اذا كان الولد واحدا

(قوله ولقائل أن يقول الثابت الخ) أقول فيه بحث فان الثابت بها فى حق الولد حقيقة الحرية أيضا بل حرية الاصل كما سيجىء آنفا (قوله لاشتمالها على صورة الخ) أقول ولاشتمالها على زيادة وهى قوله ولدا عنده والقدورى ساكت عنها وجواب مسئلة الجامع مبنى

لان هنالك يبطل العتق فيه مقصودا) يعنى على تقدير تصحيح الدعوة من البائع وقد تقدم أن حق الدعوة لا يعارض الاعتاق (وهنا) أى فى مسئلة التوأمين (يثبت) بطلان اعتاق المشترى فى المشترى (تبعا لحريته فيه حرية الاصل) لا حرية التحرير فالضمير فى حريته راجع الى المشترى بالفتح وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت والضمير للمشترى كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته وانما أبدل به اشارة الى

سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والابطال (ولو لم يكن أصل العلوق فى ملك المدعى ثبت نسب الولد الذى عنده ولا ينتقض البيع فيما باع) لانه لما لم يكن أصل العلوق فى ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعى فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا حر دعوة تحرير ولو قال لاحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على

لان هنالك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وهنا ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا (ولو لم يكن أصل العلوق فى ملكه ثبت نسب الولد الذى عنده ولا ينقض البيع فيما باع) لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على

لا يبطل فيه اعتاق المشترى بدعوى البائع نسبه كما مر (لان هنالك) أى فى مسئلة الولد الواحد (يبطل العتق فيه) أى فى الولد (مقصودا) يعنى لو صحت الدعوة من البائع هنالك لبطل العتق فى الولد مقصودا (لحق دعوة البائع) وأنه لا يجوز لما تقدم أن حق الدعوة لا يعارض حقيقة الاعتاق (وههنا) أى فى مسئلة التوأمين (يثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل) أى يثبت بطلان اعتاق المشترى فيما اشتراه تبعا لحريته حرية الاصل لا حرية التحرير فالضمير فى حريته راجع الى المشترى بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله يثبت والضمير راجع الى المشترى كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته وانما أبدل به اشارة الى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والابطال كذا فى العناية أقول هذا شرح صحيح الا أنه يكون فى كلام المصنف حينئذ تعقيد لفظى بالتقديم والتأخير حيث كان حق الاداء على هذا المعنى أن يقال وههنا يثبت فيه تبعا لحريته حرية الاصل كما لا يخفى وكان متقدمى الشراح هربوا عنه حيث قال صاحبا النهاية والكفاية فى بيان معنى كلام المصنف ههنا أى يثبت بطلان اعتاق المشترى بطريق التبعية لحرية المشترى الذى كانت الحرية فيه حرية الاصل انتهى وقال صاحب غاية البيان يعنى فيما نحن فيه يثبت بطلان اعتاق المشترى لا مقصودا بل تبعا لثبوت الحرية الاصلية الثابتة فى الذى باعه اه فان الظاهر مما بينوا من المعنى أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقا بقوله يثبت بل أن يكون متعلقا بمقدر وهو الكائنة أو الثابتة على أنه صفة لحريته فلا يلزم التعقيد أقول لعل المحذور فيه أشد من الاول فان الحرية بعد أن تضاف الى الضمير الراجع الى المشترى لا يبقى احتمال أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقا بقوله تثبت والا فيلزم أن يكون قول المصنف فيه على المعنى الذى ذكروه لغوا من الكلام وانما يتم ذلك المعنى أن لو كان كلام المصنف وههنا يثبت تبعا للحرية فيه بدون الاضافة كما لا يخفى (فافترقا) أى فافترق ما نحن فيه من مسئلة التوأمين وما اذا كان الولد واحدا حيث لزم بطلان العتق هنالك اصالة وقصدا وفيما نحن فيه ضمنا وتبعا وكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت أصالة وقصدا قال فى معراج الدراية الى هذا أشار قاضيخان والمرغينانى فى فوائده والسرخسى فى جامعه وقال فى النهاية بعد شرح كلام المصنف على هذا المنوال أو نقول فى مسئلتنا لا يبطل عتق المشترى الذى يثبت منه بل يظهر بدعوة البائع لما فى يده من أحد التوأمين أن اعتاق المشترى لم يلاق محله لانه ظهر أنه كان حر الاصل وتحرير الحر باطل لان فيه اثبات الثابت وذلك لا يصح كما ذكرناه من الفوائد الظهيرية (فلو لم يكن أصل العلوق فى ملكه) يعنى أن الذى ذكر من قبل اذا كان أصل العلوق فى ملك المدعى ولو لم يكن أصل العلوق فى ملكه والمسئلة بحالها (ثبت نسب الولد الذى عنده) أى ثبت نسب الولد الذى عند البائع بمصادفة الدعوة ملكه فيثبت النسب للولد الآخر أيضا ضرورة لان التوأمين لا ينفكان نسبا ولا ينقض البيع فيما باع) ولا يبطل عتق المشترى فيه (لان هذه) أى لان دعوة البائع ههنا (دعوة تحرير لا دعوة استيلاد) لانعدام شاهد الاتصال أى لانعدام شاهد اتصال العلوق بملك المدعى حيث لم يكن أصل العلوق فى ملكه ومن شرط دعوة الاستيلاد اتصال العلوق بملك المدعى (فيقتصر على

تلك الصورة انما يبطل العتق الثابت مقصودا بسبب حق دعوة البائع وانه لا يجوز لان عتق المشترى

(قوله وقد تقدم الكلام) أقول فى ظهر هذه الصحيفة (قال المصنف وهنا يثبت تبعا لحريته) أقول وكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت قصدا وأصالة (قوله يثبت بطلان اعتاق المشترى فى المشترى) أقول قوله فى المشترى متعلق بقوله يثبت (قوله والضمير للمشترى كذلك) أقول أى للمشترى بالفتح (قال المصنف ولو لم يكن أصل العلوق الخ) أقول قال الزيلعى بأن اشتراهما بعد الولادة أو اشترى أمهما وهى حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لاكثر من سنتين فيثبت نسبهما أيضا لانهما لا يفترقان فيه لكن لا يعتق الذى ليس فى ملكه انتهى وهذا الاحتمال لا يلائم ما نحن فيه (قوله فكان قوله هذا ابنى مجازا الخ) أقول فيه بحث لانه لو كان مجازا كما ذكره لما ثبت نسب الذى ليس عنده بل نسب الذى عنده والمصرح خلافه فليتأمل ثم قوله دعوة بدل من قوله مجازا أو خبر بعد خبر وقوله مجازا حال

محل

محل ولايته قال (واذا كان الصبى فى يد رجل فقال هو ابن عبدى فلان الغائب ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه أبدا وان جحد العبد أن يكون ابنه)

محل ولايته) أى اذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعى وصار كان البائع أعتقهما فيعتق من فى ملكه عليه فحسب وليس من ضرورة حرية أحد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذى عند المشترى على البائع كذا فى الكافى وقال كثير من الشراح فى شرح قول المصنف لان هذه دعوة تحرير الخ لانه لما لم يكن أصل علوقهما فى ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا حر ولو قال لاحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير أقول يرد على قولهم فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا حر أنه لو كان كذلك لما ثبت نسب أحد من الولدين منه لان المصير الى المجاز عند تعذر اعمال الحقيقة وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه وتفصيل المقام أنه قد مر فى كتاب العتاق أنه اذا قال لعبد يولد لمثله لمثله هذا ابنى فان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق فان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ فى مجازه عند تعذر اعماله فى حقيقته وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابنى عتق عند أبى حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول الشافعى لهم أنه كلام محال فيرد ويلغو ولابى حنيفة أنه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة فى المملوك سبب لحريته واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز فى اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة فى المملوك والمشابهة فى وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء انتهى فقد تلخص من ذلك كله أن ثبوت النسب فيما اذا قال لغلام هذا ابنى انما يكون فى صورة واحدة من الصور الثلاث المذكورة وهى أن يكون الغلام ممن يولد مثله لمثله ولا يكون معروف النسب ولكن يجرى اللفظ فى هذه الصورة على حقيقته وأما فى الصورتين الاخريين فيصير اللفظ محمولا على مجازه لكن لا يثبت النسب فيهما فلم توجد صورة يثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازا فلم يصح ما قاله هؤلاء الشراح (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (واذا كان الصبى فى يد رجل قال) أى ذلك الرجل (هو) أى الصبى (ابن عبدى فلان الغائب ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه) أى لم يكن ذلك الصبى ابن ذلك الرجل (أبدا) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية يعنى سواء صدقه العبد الغائب أو كذبه أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب وقال تاج الشريعة يعنى وان جحد العبد أن يكون هو ابنه أقول لا يخفى على الفطن أنه يلزم على هذا المعنى استدراك قول المصنف (وان جحد العبد أن يكون ابنه) سيما على ما قاله تاج الشريعة اللهم الا أن يحمل على التأكيد

عتق حقيقى وحق البائع حق الدعوة والحق أدنى من الحقيقة فلا يعارضها فكيف يرفعها وهنا أى فى مسئلة التوأمين ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل أى ثبت بطلان اعتاق المشترى بطريق التبعية لحرية المشترى الذى كانت الحرية فيه حرية الاصل وهذا لان الذى عنده ظهر انه حر الاصل فاقتضى أن يكون الآخر حر الاصل فانه يستحيل أن يكون أحدهما حر الاصل والآخر رقيقا وقد خلقا من ماء واحد فكان هذا نقض الاعتاق بما هو فوقه وهو الحرية الثابتة باصل الخلقة بخلاف ما لو كان الولد واحدا لان العتق يبطل ثمة مقصودا لحق دعوة البائع وانه لا يجوز وهنا ثبتت الحرية فى الذى عنده ثم تتعدى الى الآخر ضمنا وتبعا فتستغنى عن قيام الولاية هذا اذا كان أصل العلوق فى ملكه فان لم يكن أصل العلوق فى ملك البائع والمسئلة بحالها يثبت نسب الولدين من البائع أيضا لان التوأمين لا ينفكان نسبا وقد ثبت نسب الذى عنده لمصادفة الدعوة ملكه فيثبت نسب الآخر ضرورة ويعتق الذى عند البائع على البائع ولا يبطل عتق المشترى فى الذى عنده ولا ينتقض بيعه لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لافتقار دعوة الاستيلاد الى اتصال العلوق بملك من يدعيه واذا كانت دعوة تحرير تقتصر على محل ولايته وصار كان البائع أعتقهما فيعتق من فى ملكه فحسب وليس

محل ولايته فكذا دعوة التحرير ونوقض بما اذا اشترى الرجل أحد التوأمين وأبوه الآخر فادعى أحدهما الذى فى يده أنه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم تقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال اذ الكلام فيه وأجيب بأن ذلك لمعنى آخر وهو أن المدعى اذا كان هو الاب فالابن قد ملك أخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير قال (واذا كان الصبى فى يد رجل الخ) اذا كان الصبى فى يد رجل أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته فى وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا أما حالا فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير وأما استقبالا فلان الغائب لا يخلو حاله عن ثلاث اما أن يصدقه أو يكذبه أو يسكت عن التصديق والتكذيب ففى الوجه الاول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة

وهذا عند أبي حنيفة (وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى) وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما أن الاقرار ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض ألا يرى أنه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا أقر المشترى على البائع باعتاق المشترى فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعى بعد ذلك

تقريرا لكون المعنى هذا لكن فيه ما فيه وقد أشار صاحب العناية الى كون المعنى لم يكن ابنه أبدا أى فى وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا حيث قال فى تقرير المسئلتين واذا كان الصبي فى يد رجل أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته فى وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا انتهى أقول الحق أن المراد ههنا هذا المعنى لوجوه أحدها اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر وثانيها أن الابد على هذا المعنى يكون على أصل معناه وهو عموم الاوقات وعلى المعنى الاول يصير مصروفا عنه الى عموم الاحوال كما ترى وثالثها أنه يظهر حينئذ فائدة تقييد فلان بالغائب فى وضع مسئلتنا دون المعنى الاول فان المقر له الحاضر والغائب سيان بالنظر الى الاحوال المذكورة فى المعنى الاول أعنى التصديق والتكذيب والسكوت عنهما اذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الاحوال فى وقت ما فلا فائدة فى التقييد بالغائب على ارادة عموم الاحوال وأما بالنظر الى الاوقات المذكورة فى هذا المعنى أعنى الحال والاوقات المستقبلة فهما أى المقر له الحاضر والغائب متفاوتان حيث لا يتصور الجحود من الغائب فى الحال لعدم علمه فيها ما أقر به المقر ويتصور ذلك منه فى الاستقبال بان يعلمه بعد أن يحضر بخلاف الحاضر فانه يتصور منه الجحود فى الحال والاستقبال بلا فرق بينهما فاحتمل فى حق الغائب اختصاص الحكم بعدم كون الصبي ابن المقر بوقت لا يتصور فيه الجحود من المقر له وهو الحال ولم يحتمل ذلك فى حق الحاضر فلو أطلق فلانا ولم يقيد بالغائب على ارادة عموم الاوقات لتبادر الى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقر له حاضرا فقط ولما قيدنا بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند كون المقر له غائبا عبارة وثبوته عند كونه حاضرا أيضا دلالة فظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى ثم اعلم انه لا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبي فى يده وذكره فى الكتاب وقع اتفاقا نص عليه الامام الزيلعى فى التبيين (وهذا عند أبي حنيفة) أى حكم المسئلة المذكورة على اطلاقه انما هو عند أبي حنيفة رحمه الله وفى المبسوط لكن يعتق عليه وان لم يثبت نسبه من المولى كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وقالا اذا جحد العبد فهو) أى الصبي (ابن المولى) يعنى ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبه كذا فى النهاية قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا قال) أى اذا قال الذى فى يده الصبي (هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا كذا فى غاية البيان (لهما أن الاقرار) أى الاقرار بالنسب وهو قوله هو ابن عبدى فلان الغائب (ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الاقرار) أى فصار كأنه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه (والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض) أى وان كان النسب لا يحتمل النقض (ألا يرى أنه) أى الاقرار بالنسب (يعمل فيه الاكراه والهزل) حتى لو أكره ببنوة عبد فاقر بها لا يثبت النسب وكذا لو أقر بها هازلا (فصار) أى فصار حكم هذه المسئلة (كما اذا أقر المشترى على البائع باعتاق المشترى) بفتح الراء (فكذبه البائع ثم قال) أى المشترى (أنا أعتقته يتحول الولاء اليه) أى فانه يتحول الولاء الى المشترى وصار كأنه لم يقر أصلا (بخلاف ما اذا صدقه) أى بخلاف ما اذا صدق المقر له المقر فى مسئلتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق (لانه) أى المقر (يدعى بعد ذلك) أى بعد تصديق المقر له اياه

المقر له فبقي اقراره وفى الوجه الثانى لم تصح دعوته عند أبي حنيفة خلافا لهما وقالا الاقرار بالنسب يرتد بالرد ولهذا اذا أكره على الاقرار بنسب عبد فاقر به لا يثبت وكذا لو هزل به فاذا رده العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصار كأنه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه وصار كما اذا أقر المشترى على البائع باعتاق المشترى فكذبه البائع ثم قال المشترى أنا أعتقته فان الولاء يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعى بعد ذلك

(قال المصنف ألا يرى أنه يعمل فيه الاكراه والهزل) أقول وان كانا لا يعملان فيما لا يحتمل النقض (قوله بخلاف ما اذا صدقه) أقول أى صدق المقر له بالنسب المقر

من ضرورة حرية أحد التوأمين بعتق أرض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذى عند المشترى عليه (قوله ألا ترى أنه يعمل فيه الاكراه والهزل) لا يبطل ما لا يحتمل النقض وكذا الهزل ويبطلان الاقرار بذلك فان من أكره على الطلاق والعتاق ففعل يقع الطلاق والعتاق ولو أكره على الاقرار بهما فاقر لا يقع كما لو أكره على البيع وغيره مما يحتمل النقض ففعل فانه لا يثبت فاذا ثبت أن الاقرار بما لا يحتمل النقض ملحق بما

نسبا

نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيبه نفسه ولابي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد لان الاقرار به يتضمن شيئين خروج المقر عن الرجوع فيما أقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقر له به وبتكذيب العبد لا يبطل شئ منهما أما الاول فلان تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا وأما الثانى فلانه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد أيضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظر الامام فخر الاسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة أو فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فانها لا تصح وكذلك أوردها المصنف وذكر الاسبيجابى أنها على الخلاف لا تقبل عند أبي حنيفة خلافا لهما قوله (ومسئلة الولاء) جواب عن استشهادهما بها بانها على الخلاف فلا تنهض شاهدة سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى جانب الاب وصورته معروفة وانما لا يبطل اذا تقرر سببه

(قال المصنف ولابي حنيفة أن النسب الخ) أقول ولا جواب فيما ذكره عن قولهما ألا يرى أنه يعمل فيه الاكراه والهزل (قوله لعدم احتمال النقض) أقول فيه نوع مصادرة (قوله وأما الثانى فلانه الخ) أقول لا يخفى عليك عدم ملاءمة

نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له أن يكذب نفسه ولابي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقى فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه كذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم

(نسبا ثابتا من الغير) وهو لا يصح (وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه) بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث لا يصح فيه أيضا دعوة المولى بالاتفاق (لانه تعلق به) أى بالصبي (حق المقر له على اعتبار تصديقه) أى على اعتبار احتمال تصديقه (فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له أن يكذب نفسه) يعنى أن لاحتمال جانب التصديق تأثيرا فيما نحن فيه كما أن لاحتمال جانب التكذيب تأثيرا فى ولد الملاعنة (ولابي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته) وهذا بالاتفاق (والاقرار بمثله) أى بمثل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته (لا يرتد بالرد) يعنى وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد أى لا يبطل بالتكذيب كمن أقر بحرية عبد انسان وكذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كما ذكره الامام قاضيخان وذكر فى الشروح (فبقى) أى فبقى الاقرار فى حق المقر وان لم يثبت فى حق المقر له كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة (فتمتنع دعوته) أى فتمتنع دعوة المقر بعد الرد أيضا (كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة) كالعتق والقرابة (ثم ادعاه) أى ثم ادعاه الشاهد (لنفسه) حيث لا تصح دعوته واعلم أن الامام فخر الاسلام ذكر هذه المسئلة فى شرح الجامع الصغير على هذا المنوال حيث قال وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بعذر ثم ادعاه الشاهد لم تصح انتهى فاقتفى المصنف أثره وأوردها ههنا كذلك وأما شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فقد ذكر أنها أيضا على هذا الخلاف حيث قال فى شرح الكافى للحاكم الشهيد وعلى هذا الخلاف اذا شهد أنه ابن فلان فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا تقبل عند أبي حنيفة خلافا لهما انتهى (وهذا) اشارة الى قوله والاقرار بمثله لا يرتد بالرد (لانه تعلق به) أى بالنسب (حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه) أى من المقر له ولما جاز أن يثبت النسب منه بعد التكذيب بقى له حق الدعوة ومع بقاء حقه لا تصح دعوة المقر كما اذا لم يصدقه ولم يكذبه (وكذا تعلق به حق الولد) من جهة احتياجه الى النسب (فلا يرتد برد المقر له) لتعلق حقه حق الولد هكذا ينبغى أن يشرح هذا المقام ولا يلتفت الى ما فى العناية وغيرها مما لا يساعده تقرير المصنف ولا يطابقه تحريره كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة (ومسئلة الولاء على هذا الخلاف) اشارة الى الجواب عن استشهادهما بمسئلة الولاء بانها أيضا على هذا الخلاف فلا تنتهض شاهدة لما قالاه وحجة لما قاله (ولو سلم) أى ولو سلم كون مسئلة الولاء على

يحتمل النقض ثبت أنه يرتد بالرد (قوله فبقى) أى بقى الاقرار فى حق المقر وان لم يثبت فى حق المقر له كما اذا أقر بعتق عبد الغير وكذبه المالك ثم اشتراه يعتق عليه (قوله فردت شهادته) لتهمة كالفسق والقرابة (قوله ثم ادعاه لنفسه) يعنى لا يصح دعوة الشاهد لنفسه لما أنه أقر بانه ثابت النسب من المدعى والاقرار بالنسب مما لا يحتمل النقض (قوله وكذا تعلق به حق الولد) انما قاله لان الاقرار حق المقر له فينبغى أن يرتد برده كما فى الاقرار بالدين فقال محمد رحمه الله هذا الاقرار ليس بحق المقر له على الخلوص بل تعلق به حق الولد أيضا (قوله ولو سلم الى آخره) يعنى أن الولاء أثر من آثار الملك فيكون حكمه حكم الملك والملك يتحول من شخص الى

الشرح للمشروح (قال المصنف ثم ادعاه لنفسه) أقول فانها لا تصح لكن ذكر العلامة علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد أن مسئلة رد الشهادة ثم الادعاء على الخلاف أيضا لا يقبل عنده خلافا لهما (قال المصنف وهذا لانه تعلق به حق المقر له) أقول قال الاتقانى اشارة الى قوله لا يحتمل النقض انتهى وفيه بحث بل هو اشارة الى قوله والاقرار بمثله لا يرتد بالرد

فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على مامر وهذا يصلح مخرجا على أصله فمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره

الاتفاق (فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب) صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه أولادا فجنى الاولاد كان عقل جناياتهم على موالى الام لان الاب ليس من أهل الولاء فكان الولد ملحقا بقوم الام فان أعتق العبد جر ولاء الاولاد الى نفسه كذا روى عن عمر رضى الله عنه ذكره قاضيخان كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وقد اعترض على الولاء الموقوف) وهو الولاء من جانب البائع وانما سماه موقوفا لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب كذا فى النهاية وغيرها (ماهو أقوى وهو دعوى المشتري) لان الملك له قائم فى الحال فكان دعوى الولاء مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك كذا فى العناية وأكثر الشراح وقال بعض الفضلاء فيه بحث لانه كيف يقوم الملك وهو مقر بانه معتق قال فى الكافى ان المشتري اذا أقر أن البائع كان أعتق ما باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر اه ولا يخفى دلالته على ماقلناه الى هنا كلام ذلك البعض أقول بحثه ظاهر السقوط لان المشتري انما أقر أولا بان ما اشتراه معتق البائع لا بانه معتق نفسه وقد كذبه البائع وهذا لا ينافى قيام الملك له فى الحال أى فى حال دعوى الاعتاق لنفسه ثانيا وانما لا يقوم الملك له فى الحال لو كان أقر ابتداء بانه معتق نفسه أو كان أقر بانه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس وأما ماذكره فى الكافى فعلى تقدير تمامه يجوز أن يكون مبنيا على كون مسئلة الولاء أيضا على هذا الخلاف كما ذكره المصنف أولا حيث قال ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولا يخفى أن مبنى الكلام ههنا على تسليم كون بطلان الاقرار وتحول الولاء فى مسئلة الولاء متفقا عليه كما يفصح عنه قول المصنف ولو سلم الخ وحينئذ لاشك فى قيام الملك للمشتري الى حال دعوى الاعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام وخلط الكلام (فبطل به) أى بطل الولاء الموقوف باعتراض ماهو الاقوى الذى هو دعوى المشتري (بخلاف النسب) يعنى أنه لا يبطل باعتراض شئ أصلا (على مامر) وهذا اشارة الى قوله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وعليه أخذ أكثر الشراح قال فى الكافى بخلاف النسب كما مر فى ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن انتهى وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المصنف أيضا والحاصل أن النسب ألزم من الولاء فان الولاء يقبل البطلان فى الجملة والنسب لا يقبله أصلا فلا يصح قياس النسب على الولاء (وهذا) أى اقرار البائع بنسب ما باعه لغيره (يصلح مخرجا) أى حيلة (على أصله) أى على أصل أبى حنيفة (فمن يبيع الولد ويخاف عليه) أى يخاف المشتري على الولد (الدعوة بعد ذلك) من البائع (فيقطع دعواه) أى فانه يقطع دعوى البائع (باقراره بالنسب لغيره) قال الامام المحبوبى صورته رجل فى يده صبى ولد فى ملكه وهو يبيعه ولا يأمن المشتري أن يدعيه البائع يوما فينتقض البيع فيقر البائع بكون الصبى ابن عبده الغائب حتى يأمن المشتري من انتقاض البيع بالدعوى عند أبى حنيفة فان هذا يكون حيلة عنده وفى الفوائد الظهيرية الحيلة فى هذه المسئلة على قول الكل أن يقر البائع أن هذا ابن عبده الميت حتى لا يتأتى فيه تكذيب فيكون

شخص والثابت منه اذا طرأ على الموقوف يرفعه وكذا الولاء يتحول أيضا من شخص الى شخص (قوله كجر الولاء) صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه أولادا فجنى الاولاد كان عقل جناياتهم على موالى الام لان الاب ليس من أهل الولاء فكان الولد ملحقا بقوم الام فان أعتق العبد جر ولاء الولد الى نفسه (قوله ماهو أقوى) وهو دعوى المشتري وانما كان دعواه أقوى لان الملك له قائم فى الحال ظاهرا فكان دعوى الولاء الى نفسه بسبب الاعتاق مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك (قوله بخلاف النسب على مامر) أى فى ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن (قوله وهذا يصلح مخرجا) أى قوله هذا ابن عبدى فمن يبيع الولد ويخاف أن يدعيه البائع فينتقض البيع فيأمر البائع ليقر بالنسب لغيره خوفا من انتقاض

قال

ولم يتقرر لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه ماهو أقوى وهو دعوى المشتري لان الملك له قائم فى الحال فكان دعوى الولاء مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف النسب على مامر أن النسب مما لا يحتمل النقض وهذا يصلح مخرجا أى حيلة على أصل أبى حنيفة فمن يبيع الولد ويخاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره

(قوله ولم يتقرر لانه الخ) أقول تأمل فى صحة هذا التعليل فان سقامته ظاهرة ولو كان اللفظ الا أنه لم يتوجه (قوله لان الملك له قائم فى الحال) أقول فيه بحث كيف يقوم الملك وهو مقر بانه معتق قال فى الكافى ان المشتري اذا أقر أن البائع كان أعتق ما باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى ولا يخفى دلالته على ماقلنا فليتامل

قال (واذا كان الصبى فى يد مسلم ونصرانى فقال النصرانى هو ابنى وقال المسلم هو عبدى فهو ابن النصرانى وهو حر) لان الاسلام مرجح فيستدعى تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبى فى هذا أوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفى عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس فى وسعه اكتسابها

مخرجا على قول الكل كذا فى النهاية (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (واذا كان الصبى فى يد مسلم ونصرانى فقال النصرانى هو ابنى وقال المسلم هو عبدى فهو ابن النصرانى وهو حر) وفى الفوائد الظهيرية وغيرها هو ابن النصرانى اذا كانت الدعوتان معا فكان قوله معا اشارة الى أن دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصرانى يكون عبدا للمسلم كذا فى النهاية قال المصنف (لان الاسلام مرجح) بكسر الجيم (فيستدعى تعارضا) يعنى ان الاسلام مرجح أينما كان والترجيح يستدعى تعارضا (ولا تعارض) أى لا تعارض ههنا لان التعارض انما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة ههنا (لان نظر الصبى فى هذا أوفر) يعنى أن النظر للصبى واجب ونظره فيما ذكرناه أوفر (لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفى عكسه) أى وفى عكس ماذكرناه (الحكم بالاسلام تبعا) أى ينال الحكم بالاسلام تبعا (وحرمانه عن الحرية لانه ليس فى وسعه اكتسابها) أى ليس فى وسع الصبى اكتساب الحرية فانتفى المساواة كذا رأى أكثر الشراح فى حل هذا المقام وهو الحقيق عندى أيضا بأن يراد من هذا الكلام قال صاحب العناية بعد شرح المقام بهذا المنوال ولقائل أن يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوى ألا ترى الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم فى الحضانة أن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله ولقائل أن يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك بان قال فيه بحث لانا نقول ان الايمان ليس خيرا من الاشراك حتى يخالف بل نقول كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الاسلام فى وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبى يقتضى الحكم بحريته انتهى أقول ليس مراد صاحب العناية أن هذا مخالف للكتاب بمجرد دلالة الكتاب على أن صفة الايمان خير من صفة الاشراك حتى يفيد ماذكره ذلك البعض بل مراده انه مخالف للكتاب لدلالته على أن العبد المؤمن وان كان رقيقا خير من المشرك وان كان حرا أما على كون الامة والعبد فى قوله تعالى ولامة مؤمنة خير من مشركة وقوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك محمولين على ظاهرهما أعنى الرقيق والرقيقة كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين فى تفسير ذلك المقام من

البيع فان هذا يكون حيلة عند أبى حنيفة رحمه الله لان الغائب لو صدق أو كذب أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب لم يصح دعوة المقر عند أبى حنيفة رحمه الله والحيلة على قول الكل أن يقر البائع أن هذا ابن فلان الميت حتى لا يتأتى منه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل ذكره شمس الائمة السرخسى رحمه الله (قوله ولا تعارض) أى بين دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز أن يكون عبد الواحد وابنا للآخر (قوله وفى عكسه الحكم بالاسلام تبعا) يعنى لو جعلناه عبدا للمسلم جعلناه مسلما تبعا وحرمناه عن الحرية لانه ليس

قال (واذا كان الصبى فى يد مسلم ونصرانى فقال النصرانى هو ابنى وقال المسلم هو عبدى فهو ابن النصرانى وهو حر لان الاسلام مرجح أينما كان والترجيح يستدعى التعارض ولا تعارض ههنا لان النظر للصبى واجب ونظره فيما ذكرنا أوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفى عكسه الحكم بالاسلام أى ينال الحكم به تبعا وحرمانه عن الحرية اذ (٢٨٩) ليس فى وسعه اكتسابها) ولقائل أن يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوى ألا ترى الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم فى الحضانة أن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن أن يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعى النسب أب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفى الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لها كثرة فكانت أقوى من المانع وكفر الآباء بجحود والاصل عدمه ألا ترى الى انتشار الاسلام بعد الكفر فى الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقلع منها بخلاف ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لامحالة هذا والله أعلم بالصواب

(قال المصنف اذ دلائل الوحدانية ظاهرة) أقول الظاهر أن يقال دلائل الاسلام لان بمجرد التوحيد لا يتحقق الاسلام (قوله ولقائل أن يقول هذا مخالف الخ) أقول فيه بحث لانا لا نقول ان الايمان ليس خيرا من الاشراك حتى يخالف بل نقول كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الاسلام فى وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبى يقتضى الحكم بحريته فليتامل (قوله لان دعوته لا تحتمل الخ) أقول ههنا نوع مصادرة

النظم الشريف يعني أن المؤمن ولو كان معه خساسة الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية فان شرفها لا يجدي نفعا مع الكفر ودناءة الرق لا تضر مع شرف الايمان انتهى فالامر ظاهر وأما على كون الامة والعبد فيهما بمعنى عبد الله وأمته عامين للحر والحرة أيضا كما ذهب اليه صاحب الكشاف وأضرابه حيث قالوا في تفسير الآيتين المذكورتين أي ولا امرأة مؤمنة حرة كانت أو مملوكة وكذلك والعبد مؤمن لان الناس كلهم عبيد الله واماؤه انتهى فلان الرقيق المؤمن يندرج حينئذ في عبد مؤمن قطعا فيكون خيرا من مشرك وان كان حرا ودلالة ظاهر الدليل المذكور في مسئلتنا على أن الكافر النائل شرف الحرية مع كون كسب الايمان في وسعه خير من الرقيق المحكوم باسلامه تبعا مع حرمانه عن الحرية فتفهم المخالفة للكتاب وهذا توجيه كلام صاحب العناية على وفق مرامه فلا يتوجه عليه البحث المذكور ثم قال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعى النسب أب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا اليها كثرة فكانت أقوى من المانع وكفر الآباء بجحود الاصل عدمه ألا ترى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقلع منها بخلاف ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى أقول فيه بحث لان كون مدعى النسب أبا أول المسئلة فذكره ههنا مؤد الى المصادرة وقوله لان دعوته لا تحتمل النقض ليس بشئ لان دعوته انما لا تحتمل النقض بعد أن كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو أول المسئلة أيضا وقوله وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا اليها كثرة فكانت اقوى من المانع كلام خال عن التحصيل ههنا لان وجوب المرحمة بالصبيان والنظر لهم مما لا شبهة فيه لاحد لكن الكلام في أن ما يؤدى الى الالف بالكفر المانع عن الاسلام مناف للمرحمة بهم والنظر لهم فلا معنى لقوله فكانت أقوى من المانع كما لا يخفى ثم ان صاحب الكفاية وتاج الشريعة قالا في شرح قول المصنف ولا تعارض أي بين دعوى الرق ودعوى النسب لجواز أن يكون عبدا لواحد وابنا للآخر انتهى فكأنهما أخذا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافي حيث قال ولو كان صبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو حر ابن النصراني اذا ادعيا معا ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى والفرق أنهما في دعوى النسب استويا فترجح المسلم بالاسلام لان القضاء بالنسب من المسلم قضاء باسلامه وفيما نحن بصدده لا تعارض بين الدعويين أعني دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز أن يكون عبدا لواحد وابنا للآخر حتى يثبت الترجيح بالاسلام انتهى أقول فيه نظر لان الذي يدعيه النصراني في مسئلتنا هو بنوة الصبي له حرا لا مطلق بنوته له وان الذي يحكم به له هو ثبوت نسب الصبي منه حرا كما صرح به في وضع المسئلة لا ثبوت نسبه منه عبدا للآخر والا لزم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معا بل لا يتصور النزاع بينهما رأسا ولا شك أن بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضا بينا فلا يتم التقريب ثم ان في تحرير المصنف مانعا آخر من الحمل على هذا المعنى وهو أن قوله لان نظر الصبي في هذا أوفر الخ لا يصلح أن يكون دليلا على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض هذا المعنى فكأن صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير تحرير المصنف فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير ألا يرى أن الترجيح بالاسلام واجب في النسب نظرا للصغير ونظر الصبي في هذا أوفر الخ أما صاحب الكفاية فلم يزد على شرحه المذكور شيئا آخر فكأنه غافل بالكلية وأما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه حيث قال فعلى هذا يكون قوله لان نظر الصبي في هذا أوفر دليلا على قوله فهو ابن النصراني لا دليلا على نفي المعارضة وقال كذا سمعته من الامام الاستاذ انتهى لكن يرد عليه أن المصنف قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصراني وهو حر بقوله لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض فلو كان قوله لان نظر الصبي الخ دليلا على ذلك أيضا لكان دليلا ثانيا فكان حقه أن يذكر بالواو

في وسعها اكتساب الحرية

(ولو

(ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى) ترجيحا للاسلام وهو أوفر النظرين قال (واذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة) ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد أما النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة) عند أبي حنيفة وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها

اللهم الا أن يحمل الثاني على تعليل المعلل فتأمل (ولو كانت دعوتهما) أي دعوة المسلم والكافر (دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحا للاسلام وهو أوفر النظرين) أي للصبي ونوقض هذا بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعويان مع أن بينة الغلام أولى ولم يترجح جانب الاسلام وأجيب بان البينتين وان استويا في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه أولى وفيه نظر لانه أضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب أنه تقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي لانه أشبه المدعين لكونه يدعي حقا لنفسه كذا في العناية أقول ولقائل أن يقول ان تقوى هذا بذلك النص فقد تقوى رجحان الاسلام بالف نص منها قوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى (قال) أي محمد في الجامع الصغير (واذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة) قال المصنف اقتفاء أثر عامة المشايخ في تقييد هذه المسئلة (ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج) وادعت أنه ابنها من هذا الزوج وأنكر الزوج ذلك (لانها تدعي تحميل النسب على الغير) وهو الزوج (فلا تصدق الا بحجة) يعني أن المرأة تقصد الزام النسب على الزوج والالزام لا بد له من الحجة وسبب لزوم النسب وان كان قائما وهو النكاح لكن الحاجة الى اثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة لا محالة ولا تثبت الولادة وتعيين الولد الا بحجة فلا بد لها من حجة كذا في الكافي وغيره (بخلاف الرجل) أي الزوج حيث يصدق في دعوة الولد من غير شهادة أحد وان أنكرت المرأة (لانه يحمل نفسه النسب) وفي بعض النسخ تحمل على نفسه النسب (ثم شهادة القابلة كافية فيها) أي في دعوى المرأة في المسئلة المارة (لان الحاجة الى تعيين الولد) بانه الذي ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة حجة فيه لانه مما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء (أما النسب يثبت بالفراش القائم) يعني أما النسب فيثبت بالفراش القائم في الحال فلا حاجة الى اثباته حتى تلزم الحجة التامة (وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة) فكانت حجة فيها (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة) يعني هذا الذي ذكرناه فيما اذا كانت منكوحة أما اذا لم تكن منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت الى حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين الا اذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة (وقد مر في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق (وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها) أي من غير بينة أصلا (لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها) وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة هذا ما ذهب اليه عامة المشايخ واختاره المصنف ومنهم من أجرى المسئلة على اطلاقها وقال لا يقبل قولها

(قوله وهو أوفر النظرين) لان القضاء بالنسب من المسلم قضاء باسلامه (قوله ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج) انما قيد بذلك لان المرأة اذا لم تكن ذات زوج يكون القول قولها من غير بينة كما في الرجل على ما ذكر في الكتاب بعد هذا ومن المشايخ من أجرى المسئلة على اطلاقها ورد قولها وان لم تكن ذات زوج عملا باطلاق ما ذكر محمد رحمه الله (قوله بخلاف الرجل) أي يصدق الرجل في دعوى

(ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحا للاسلام وهو أوفر النظرين) ونوقض بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان في البنوة ولم يترجح جانب الاسلام وأجيب بان البينتين وان تساوتا في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه أولى وفيه نظر لانه أضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب أنه تقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي لانه أشبه المدعين لكونه يدعي حقا لنفسه قال (واذا ادعت المرأة صبيا الخ) اذا ادعت المرأة صبيا أنه ابنها فاما أن تكون ذات زوج أو معتدة أو لا منكوحة ولا معتدة فان كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت أنه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة الى حجة وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لانها تدعي تحميل النسب

(قوله ولم يترجح جانب الاسلام) أقول بل ترجح خلافه

(وان كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة) لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة (وان كان الصبي فى أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما) لان الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما

سواء كانت ذات زوج أو لم تكن عملا باطلاق ماذكر محمد وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه إبلا بينة ولم تجز منها بدون البينة ووجه الفرق أن الاصل أن كل من ادعى معنى لا يمكنه اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعى معنى يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل فيه قوله الا بالبينة وبيان هذا أن من قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فادعت المرأة الدخول وكذبها لا تصدق الا ببينة لامكان اثباته بالبينة ولو علق طلاقها بحيضها والمسئلة بحالها يقبل قولها من غير بينة لمكان العجز عن الاثبات بالبينة ففيما نحن فيه يمكن للمرأة اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة ولا كذلك الرجل لانه لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق والاحبال لمكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج اليها كذا فى الشروح أقول فيه بحث أما أولا فلان الرجل وان لم يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال الا أنه يمكنه اثبات النسب اذ قد تقرر فى كتاب الشهادة أنه يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالسماع ممن يثق به فى مواضع عديدة منها النسب وليس من ضرورة ادعاء الرجل ولدا انه ابنه وثبوت نسبه منه ثبوت وقوع الاعلاق والاحبال منه البتة والا لما تيسر اثبات دعوة البنوة من الرجل أصلا أى ولو كان هناك منازع شرعى اذ لا يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال قطعا مع أن مسائل التنازع بين الرجلين فى بنوة ولد وأثباتها شرعا أكثر من أن تحصى فظهر أن المقصود من ادعاء الرجل بنوة ولد ثبوت نسبه منه دون ثبوت وقوع الاعلاق والاحبال منه فلما أمكنه اثبات نسبه منه لزمه أيضا اقامة البينة على الاصل المذكور فى وجه الفرق فلا يتم المطلوب وأما ثانيا فلان الوجه المذكور للفرق المزبور مما لا يجدى فى مسئلتنا لان كون المدعى مما يمكن للمدعى اثباته بالبينة انما يقتضى احتياج المدعى الى اقامة البينة اذا وجد هناك من يكذبه وينكر ما ادعاه كما فى الصورة المذكورة للبيان وما ادعته المرأة فى مسئلتنا وان كان مما يمكنها اثباته بالبينة كما بين الا أنه مما لم ينكره أحد لان كلامنا فيما اذا لم يوجد من يكذبها بان لم تكن منكوحة ولا معتدة ولهذا قال المصنف فى تعليل المسئلة لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها انتهى فكيف يتصور القول باحتياجها الى اقامة البينة فتدبر (وان كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه) أى ادعت أن الولد ابنها من ذلك الزوج (وصدقها) أى وصدق (الزوج) اياها (فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة) أى وان لم تشهد امرأة على الولادة يعنى لا حاجة ههنا الى شهادة القابلة (لانه) أى الزوج (التزم نسبه) أى نسب الولد (فاغنى ذلك عن الحجة) لان النسب يثبت بمجرد اقرار الزوج بلا دعوى المرأة اذ ليس فيه تحميل النسب على الغير ومع دعوى المرأة أولى وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير (وان كان الصبى فى أيديهما) أى فى أيدى الزوجين (فزعم الزوج أنه ابنه من غيرها) أى زعم الزوج أن الصبى ابنه من امرأة أخرى له (وزعمت أنه ابنها من غيره) أى وزعمت المرأة أنه ابنها من زوج آخر كان لها (فهو ابنهما) أى كان الصبى ابنهما معا هذا اذا كان الصبى لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه بتصديقه كذا فى عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية الى شرح الطحاوى ثم ان هذه المسئلة المذكورة فى الكتاب من مسائل الجامع الصغير أيضا قال المصنف فى تعليلها (لان الظاهر أن الولد منهما) أى من الزوجين اللذين كان الولد فى أيديهما (لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما) أقول فيه شيء وهو أن قيام الفراش بينهما لا يدل على تعيين الولد وانما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد أى بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة ولهذا لم تجز دعوة امرأة ذات زوج صبيا أنه ابنها اذا لم يصدقها الزوج ما لم تشهد امرأة على الولادة كما مر آنفا فى مسئلتنا

الولد بدون شهادة القابلة لمعنيين أحدهما هو أن دعواه دعوى علوق الولد منه وذلك أمر باطن لا يوقف عليه فيقبل قوله من غير حجة كما اذا علق طلاق امرأته بحيضها يقبل قولها حضت لهذا أما امرأته فيمكنها

على الغير فلا تصدق الا بالحجة وشهادة القابلة كافية لان التعيين يحصل بها وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة عند أبى حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفى فى الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر فى الطلاق وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وفى هذا لا فرق بين الرجل والمرأة ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لا والفرق هو أن الاصل أن كل من يدعى أمرا لا يمكن اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعى أمرا يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه الا بالبينة والمرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج اليها والاول هو المختار لعدم التحميل على أحد فيهما (ولو كان الصبى فى أيديهما) أراد صبيا

(قوله والفرق الخ) أقول يعنى الفرق بين الرجل والمرأة

ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب فى يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بينى وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا أن هناك يدخل المقر له فى نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم) لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضى الله عنهم

أيضا ينبغى أن يكون كذلك فتأمل (ثم كل واحد منهما) أى من الزوجين (يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه) أى على صاحبه يعنى لا يقبل قوله فى حق صاحبه (وهو نظير ثوب فى يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بينى وبين رجل آخر غير صاحبه) حيث لا يصدق واحد منهما فى ابطال حق صاحبه (بل يكون الثوب بينهما) فكذا هنا (الا أن هناك يدخل المقر له فى نصيب المقر) أى يصير ما حصل للمقر بينه وبين المقر له نصفان (لان المحل) وهو الثوب (يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها) اعلم أن المناقضة فى دعوى النسب غير مانعة لصحة الدعوى حتى ان الصبى اذا كان فى يد امرأة فقال رجل هو ابنى منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه وكذا لو قال هو ابنى من نكاح منك وقالت هو ابنك منى من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما فى النكاح فان قالت بعد ذلك هو ابنك منى من نكاح يثبت لما قلنا ان المناقضة لا تبطل دعوى النسب كذا ذكره الامام التمرتاشى وذكر فى الايضاح أن دعوى النسب انما لا تبطل بالتناقض لان التناقض انما يكون بين المتساويين ولا مساواة فان دعوى النسب أقوى من النفى وذكر فيه أيضا اذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج لان سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش والنسب يثبت حقا للصبى فلا يقبل تصادقهما على ابطال النسب وكذلك لو كانت المنكوحة أمة أو كان النكاح فاسدا لان الفراش قد وجد كذا فى النهاية ومعراج الدراية أقول الذى نقل عن الايضاح أولا من تعليل عدم بطلان دعوى النسب بالتناقض محل نظر منعا ونقضا فتأمل (قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده) يعنى ولدت ولدا من المشترى (فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم) وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أى سبب كان وكذا اذا تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحقت نص عليه الامام الزيلعى فى شرح الكنز وسيفهم من نفس الكتاب (لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين) باى سبب كان مثل الشراء والهبة والصدقة والوصية كذا فى معراج الدراية وغيرها (أو نكاح) عطف على يمين والمعنى أو معتمدا على ملك نكاح (فتلد منه) أى تلد المرأة ممن يطأها (ثم تستحق) بان يظهر بالبينة كونها أمة ههنا تم تفسير ولد المغرور (وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضى الله عنهم) فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار أن ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف أيضا بين السلف أنه مضمون على الاب الا أن السلف اختلفوا فى كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعنى ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه عليه قيمة الولد واليه ذهب أصحابنا الا انه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل حديث عمر رضى الله تعالى عنه يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية كذا فى العناية أقول يرد على ظاهره أن اختلاف السلف فى كيفية ضمان ولد المغرور وقول عمر رضى الله عنه بضمان مثله دون قيمته ينافى ما ذكره المصنف من ان ولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة فكيف يصلح ما ذكر فى العناية لان يكون شرحا وبيانا لما ذكره المصنف ويمكن الجواب عنه بان يقال ان اختلافهم فى كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر دون الحقيقة بناء على احتمال أن يكون المراد بحديث عمر رضى الله عنه يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية فحاصل الشرح والبيان ههنا أن السلف

اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين فلم يقبل قولها الا بحجة كما اذا علق

لا يعبر عن نفسه فلما اذا عبر عن نفسه فالقول له أيهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقى الكلام ظاهر قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا الخ) ختم باب دعوى النسب بمسئلة ولد المغرور والمغرور من وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فولدت منه ثم تستحق الوالدة وولد المغرور حر بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار أن ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا فى كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعنى اذا كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه عليه قيمتها واليه ذهب أصحابنا فانه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية

(قوله وتاويل الحديث) أقول أى على تقدير انه حديث والله أعلم

ولان لنظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدعيه نظر الهما ثم الولد حاصل فى يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما فى ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع (ولو مات الولد لا شئ على الاب) لانعدم المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل فى حقه فيرثه (ولو قتله الاب يغرم قيمته) لوجود المنع (وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته) لان

وان اختلفوا فى كيفية ضمانه بحسب الظاهر من أقوالهم الا أن الخلاف مرتفع فى الحقيقة بتاويل كلام عمر رضى الله عنه وتبيين مرامه على وفق ما يقتضيه النص الدال على أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل (ولان النظر من الجانبين واجب) اذ المغرور بنى أمره على سبب صحيح فى الشرع فاستوجب النظر والامة ملك المستحق والولد متفرع عن ملكه فاستوجب النظر ايضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الامكان وذا بان يحيي حق المستحق فى معنى المملوك ويحيي حق المغرور فى صورته كذا فى الكافى (فيجعل الولد حر الاصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدعيه نظر الهما) ودفعا للضرر عنهما (ثم الولد حاصل فى يده) أى فى يد المغرور (من غير صنعه) أى من غير تعد منه كذا فى العناية (فلا يضمنه الا بالمنع كما فى ولد المغصوبة) فانه أمانة فى يد الغاصب عندنا لا يضمنه الغاصب الا بالمنع (فلهذا) أى فلان المغرور لا يضمن الولد الا بالمنع (تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع) وذكر فى شرح الطحاوى يغرم قيمة الولد يوم القضاء لان الولد يعلق فى حق المستولد حرا و يعلق فى حق المستحق رقيقا فلا يتحول حقه من العين الى البدل الا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء كذلك كذا فى النهاية ومعراج الدراية ثم اعلم أن ولد المغرور انما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا أما اذا كان مكاتبا أو عبدا ماذونا له فى التزوج يكون ولده عبدا للمستحق خلافا لمحمد وسيجيء ذلك فى كتاب المكاتب كذا فى غاية البيان (ولو مات الولد) يعنى لو مات ولد المغرور قبل الخصومة (لا شئ على الاب) أى ليس على الاب شئ من قيمته (لانعدام المنع) اذ المنع انما يتصور بعد الطلب فاذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه فلا يضمن كما لو هلك ولد المغصوبة عند الغاصب فانه لا يضمن قيمته كذا فى الكافى (وكذا لو ترك مالا) أى وكذا لو ترك ولد المغرور مالا ميراثا لابيه فاخذه أبوه لا يجب على الاب للمستحق من قيمة الولد شئ لان المنع لم يتحقق لا عن الولد لما مر ولا عن بدله (لان الارث ليس ببدل عنه) فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه (والمال لابيه لانه) أى الولد (حر الاصل فى حقه) أى فى حق أبيه كما مر (فيرثه) فان قيل الولد وان كان حر الاصل فى حق أبيه الا أنه رقيق فى حق مدعيه فينبغى أن يكون المال مشتركا بينهما قلنا الولد علق حر الاصل فى حق المدعى أيضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق فى حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها كذا فى الشروح والكافى أقول ينافى هذا الجواب ظاهر ما ذكر فى شرح الطحاوى على ما نقلناه آنفا فليتأمل فى التوفيق أو الترجيح (ولو قتله الاب غرم قيمته) أى يضمنها (لوجود المنع) بالقتل (وكذا لو قتله غيره فأخذ ديته) أى فأخذ الاب ديته (لان

طلاقها بدخول الدار فادعت المرأة الدخول وكذبها الزوج لا يصدق الا ببينة لان كان الاثبات بالبينة والثانى أن دعوى الرجل اقرار على نفسه بوجوب النفقة والحفظ والتربية اما دعوى المرأة فاقرار على الزوج لا يلزمها شئ من ذلك والدعوى لا تقبل الا بحجة وان كان الصبى فى أيديهما فزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما هذا اذا كان الصبى لا يعبر عن نفسه فان كان يعبر فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه بتصديقه (قوله فيجعل الولد حر الاصل فى حق الاب) لان مقصوده من الاستيلاد انعلاق ولده حرا اذ لو علم بانعلاقه رقيقا لا يقدم على الاستيلاد فيجعل حر الاصل تحقيقا لمقصوده (قوله وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه) أى عن الولد بخلاف الدية لانها بدله فمنعها كمنع الولد فيأخذ قيمته (قوله فيرثه) فان قيل الولد ان كان حرا فى حق أبيه فهو رقيق فى حق مدعيه فوجب أن يكون المال بينهما قلنا الولد حر الاصل فى حق المدعى أيضا حتى لا يكون ولاؤه له وانما جعل رقيقا ضرورة القضاء له بالقيمة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها (قوله فاخذ ديته) قيد بالاخذ ذكر فى المبسوط فان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لان المنع

ولان النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الاصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما ودفعا للضرر عنهما (قوله ثم الولد حاصل) بيان لسبب الضمان وهو المنع لانه حاصل فى يده من غير صنعه يعنى من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة أمانة لا يضمن الا بالمنع وتمهيد لاعتبار قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع وانه لو مات الولد لا يضمن الاب قيمته لانعدام المنع وأنه لو ترك مالا لا يضمن أيضا لان المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل فى حقه فيرثه لا يقال ينبغى أن يكون المال مشتركا بينهما لانه حر الاصل فى حق أبيه رقيق فى حق المدعى لانه علق حر الاصل فى حق المدعى أيضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق فى حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها وأنه لو قتله الاب ضمن قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره وأخذ ديته لان

سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا (و يرجع بقيمة الولد على بائعه) لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله أعلم بالصواب

(كتاب الاقرار)

سلامة بدله له) أى لان سلامة بدل الولد وهو ديته للاب (سلامته) أى كسلامة الولد نفسه (ومنع بدله كمنعه) أى ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه (فيغرم قيمته كما اذا كان حيا) وأما اذا لم يأخذ الاب ديته من القاتل فلا يضمن شيأ لانه لم يمنع الولد أصلا أى لا حقيقة ولا حكما نص عليه فخر الدين قاضيخان وغيره فى شروح الجامع الصغير وذكر فى المبسوط فان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لان المنع لم يتحقق فيما لم يصل الى يده من البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد كذا فى النهاية والكفاية (و يرجع بقيمة الولد على بائعه) أى و يرجع الاب بما غرم من قيمة الولد على بائعه (لانه) أى بائعه (ضمن له) أى للمشترى (سلامته) أى سلامة المبيع عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق كذا فى معراج الدراية و يساعده تقرير صاحب النهاية أقول يرد على ظاهر هذا الشرح أنه لا شبهة فى أن البائع ضامن للمشترى سلامة المبيع عن العيب الا أن المبيع فى مسئلتنا هى الام دون الولد فلا يتم التقريب فكان كثيرا من الشراح قصدوا دفع هذا فقالوا فى بيان قول المصنف لانه ضمن له سلامته يعنى أن الولد جزء الام والبائع قد ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع أجزائه انتهى أقول و يرد على هذا الشرح ان البائع انما ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع أجزائه الموجودة عند البيع لا بجزئه الذى يحدث بعد البيع لان مثل هذا الجزء معدوم حين البيع ولا يصح ادخال المعدوم فى عقد البيع أصلا فضلا عن ضمان سلامته عن العيب ولا شك أن الولد فى مسئلتنا ممن حدث بعد البيع والحق عندى فى هذا المقام أن يطرح حديث الجزئية من البين و يقال فى بيان مراد المصنف من قوله المذكور ان البائع ضمن للمشترى سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذى هو الام عن العيب فان كون ولد الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق عيب لنفس الجارية أيضا لان من منافعها الاستيلاد وكون ولدها من مولاها حر الاصل من غير أن يستحقه أحد فكانت سلامتها عن العيب مستلزمة لسلامة ولدها فضمان البائع سلامتها ضمان لسلامته (كما يرجع بثمنه) قال صاحب الكفاية أى بالثمن الذى أداه المشترى الى البائع فالضمير للمشترى وقيل بثمن المشترى اذا استحق أو بثمن الولد لو تصور شراؤه واستحقه أحد اه واختار صاحب العناية من بين هذه المعانى الثلاثة المعنى الوسطانى حيث قال كما يرجع بثمنه أى بثمن المبيع وهو الام لان الغرور شملها اه وأقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن هذا هو المعنى الوجيه ههنا ولكن فى تذكير الضمير ههنا نوع عدول عن الظاهر ولهذا قال فى الوقاية وغيرها و رجع بها كثمنها بتانيث الضمير أى و رجع بقيمة الولد كثمن الام (بخلاف العقر) يعنى أن المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه وأخذ منه المستحق (لانه) أى لان العقر (لزمه) أى لزم المغرور (لاستيفاء منافعها) أى لاستيفاء منافع الجارية المستحقة أى منافع بضعها (فلا يرجع به على البائع) اذ لو رجع به سلم له المستوفى مجانا والوطء فى ملك الغير لا يجوز أن يسلم للواطئ مجانا كذا فى النهاية وغيرها

(كتاب الاقرار)

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب

لا يتحقق فى ما لم يصل الى يده من البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المنقول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد (قوله لانه ضمن له سلامته) يعنى أن الولد جزء الام والبائع قد ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميعه ولم يسلم (قوله كما يرجع بثمنه) أى بالثمن الذى أداه المشترى الى البائع والضمير للمشترى وقيل بثمن المشترى اذا استحق أو بثمن الولد لو تصور شراؤه فاستحقه أحد والله أعلم

(كتاب الإقرار)

سلامة بدله له كسلامة نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا و يرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع والبائع قد ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع أجزائه كما يرجع بثمنه أى بثمن المبيع وهو الام لان الغرور شملها بخلاف العقر فانه لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء منافعها وهى ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(كتاب الاقرار)

قال فى النهاية ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الاقرار

(كتاب الاقرار)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى أقر بوحدانيته كل مخلوق بلسان حاله وقاله والصلاة على سيدنا محمد الذى ادعى النبوة وشهدت النصوص بعلو شانه وصدق مقاله وعلى آله وأولاده وأصحابه الآخذين بتعظيم دقائق الشرع وجلائله المجتهدين فى تفهم بدائع معانيه المستنبطة من النصوص ببيان دلائله (وبعد) فان الاستاذ المرحوم حرر رسالة متعلقة بمسئلة مذكورة فى المبسوط وهى رجل قال لآخر لك علىّ اثنا عشر ألف درهم الخ ودقق فى تصحيحها وحقق فى

والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعى اذا توجه على المدعى عليه فامره لايخلو اما أن يقر أو ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما او بعد ما حصل له من المال اما بالاقرار أو بالصلح فامر صاحب المال بماله لايخلو اما أن يستربح منه أولا فان استربح منه فلا يخلو اما أن يستربح بنفسه أو بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه فى كتاب البيوع للمناسبة التى ذكرناها هنالك بماقبله وذكرههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يستربح فلا يخلو اما أن يحفظه بنفسه أو بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم فى المعاملات فبقى حفظه بغيره وهو الوديعة بين الاعراف بالتمام فحررناها تبركا وتيمنا فى أول ذلك الكتاب ولم نغير ما اختاره من الترتيب المستطاب وهذا نص عبارة الاستاذ بلا انتقاص ولا ازدياد * (بسم الله الرحمن الرحيم) * سبحانك لاعلم لنا الا ما علمتنا انك أنت العليم الحكيم نسألك أن تصلى وتسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه أفضل صلاة وأكمل تسليم وترشدنا الى سبيل السداد والصواب وتهدينا الى الصراط المستقيم ﴿ رجل قال لآخر لى عليك اثنا عشر ألف درهم فانكر وقال كان دينى لك خمسة آلاف درهم وقد دفعتها اليك وأديتها لك فقال تلك الخمسة آلاف التى أديتها هل هى من تلك الاثنى عشر ألفا فقال نعم هى منها فهذا اقرار بالاثنى عشر ألفا لظهور أن اشارة المدعى فى الاستفهام الى الاثنى عشر ألفا الذى كان موصوفا بالوجوب فى ذمة المدعى عليه والا لكان كلامه لغوا محضا

لافائدة فيه وكلام العاقل لايحمل على اللغو الا اذا تعذر حمله على الصحة كذا فى المبسوط فى باب ما يكون اقرارا فسواء أجاب المدعى عليه بقوله نعم هى منها باثبات لفظ نعم على ما فى بعض صور الاستفتاء أو بقوله هى منها بدون لفظ نعم يكون ما تقدم من كلام المدعى كالمعاد فيه فكانه قال نعم هى من تلك الاثنى عشر ألفا الذى كان لك على فلو صرح بهذا لكان اقرارا فكذا هذا قال الامام شمس الائمة السرخسى فى المبسوط رجل قال لآخر اقض الالف التى لى عليك فقال نعم فقد أقربها لان قوله نعم لايستقل بنفسه وقد أخرج مخرج الجواب وهو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه فكانه قال نعم أعطيك الالف الذى لك على ثم قال وعلى هذا الاصل يبتنى بعض مسائل الباب و بعض مسائل مبنية على انه متى ذكر فى معرض الجواب كلام يستقل بنفسه ويكون مفهوم المعنى يجعل مبتدأ فيه لامجيبا الا أن يذكر فيه ما هو كناية عن المال المذكور فحينئذ لابد من أن يحمل على الجواب الى هنا عبارته وقال الشيخ قوام الدين الاتقانى فى غاية البيان الاصل هنا أن ما لايصلح للابتداء من الكلام ويصلح للبناء فانه يجعل مربوطا بما تقدم ذكره و يعتبر به حتى يفيد ولا يلغو لانه لا يلغى من كلام العاقل ما أمكن واذا كان يصلح للابتداء و يصلح للبناء فانه يجعل للابتداء ولا يجعل مربوطا بما تقدم ولا يعتبر به حتى لا يلزمه المال بالشك وفى الكافى للعلامة النسفى لو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلنى أو قضيتكه فهو اقرار لان الكناية تنصرف الى الالف المذكور وهو الموصوف بالوجوب فكانه قال انتقد أو اتزن أو أجل او قضيت الالف الواجب لك على وفى شرح الكنز للشيخ المحقق الزيلعى الاصل فيه أن الجواب ينتظم اعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء أو يصلح لهما فانه يجعل ابتداء لوقوع الشك فى كونه جوابا لئلا يلزم المال بالشك فان ذكر الهاء فى الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واذا لم يذكر الهاء لا يصلح جوابا فلا يكون اقرارا بالشك هذا اذا كان الجواب مستقلا واذا كان غير مستقل كقوله نعم يكون اقرارا مطلقا لانه غير مستقل وقد أخرجه جوابا وهو غير صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه وذكر

وذلك لان دعوى المدعى اذا توجهت الى المدعى عليه فامره لايخلو اما ان يقر أو ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما او بعد ما حصل له من المال اما بالاقرار أو بالصلح فامر صاحب المال لايخلو اما أن يستربح منه أولا فان استربح فلا يخلو اما أن يستربح بنفسه أو بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه فى كتاب البيوع للمناسبة التى ذكرناها هنالك بماقبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يستربح فلا يخلو اما ان يحفظه بنفسه أو بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم فى المعاملات فبقى حفظه بغيره وهو الوديعة كذا فى الشروح ثم ان محاسن الاقرار كثيرة منها اسقاط واجب الناس عن ذمته وقطع ألسنتهم عن ذمته ومنها ايصال الحق الى صاحبه وتبليغ المكسوب الى كاسبه فكان فيه انفاع صاحب الحق وارضاء خالق الخلق ومنها احماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم اياه بوفاء العهد وانالة النول ثم ان ههنا احتياجا الى بيان الاقرار لغة وشريعة و بيان سببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة أما الاقرار لغة فهو افعال من قر الشئ اذا ثبت فالاقرار اثبات لما كان متزلزلا بين الاقرار والجحود كذا فى النهاية ومعراج الدراية وأما شريعة فهو اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه كذا فى الكافى وعامة المتون والشروح وقال فى العناية الاقرار مشتق من القرار فكان فى اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفى الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق انتهى أقول لقد أصاب

اذا أقر الحر البالغ العاقل بحق *الاقرار اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه وليس باثبات الحق وحكمه ظهور المقر به لاثبوته ابتداء ألا ترى انه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه ولهذا قالوا لو أقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب فى اقراره لايحل له اذا أخذه عن كره منه فيما بينه

توضيحها بالقول الفصل والكلام الجزل وذيل ببعض المسائل المهمة المتفرقة المنقولة عن الكتب المعتبرة المتعلقة بمسائل الاقرار ولكن لم نظفر بتلك الرسالة الشريفة فى الزمان السابق فلما انتهينا الى هذا المقام وجدنا هذه الرسالة

الامام فخر الدين الشهير بقاضيخان الكلام اذا خرج على وجه الكناية عن المال الذى ادعاه المدعى يكون اقرارا الى غير ذلك مما ذكر فى الكتب المعتبرة والزبر المطولة والمختصرة ثم اذا كان هذا الكلام اقرارا لايغيره الانكار سابقا كان أولاحقا بناء على اطلاق الكتب وهى تكفى دليلا لنا فى أمثال ذلك ومن ادعى التقييد بعدم سبق الانكار فعليه البيان والاظهار ومما يجرى مجرى الشاهد لما ذكرنا من أن ذلك اقرار ما ذكر فى أكثر كتب الفتاوى وهو لو قال مرا آدين جمله پنج درم داده نيست يكون اقرارا بجميع ما ادعى لان الجملة اشارة الى ما ادعى من حقه عليه فانه فى غاية القرب من تلك المسئلة المتنازع فيها فان قيل قد ذكر فيها أيضا أنه لو قال پنج درم داده نيست از انجه دعوى ميكنى لايكون اقرارا فما الفرق بينهما حتى تكون احداهما اقرارا دون الاخرى وفى الخانية رجل ادعى على رجل ألفا فقال المدعى عليه أعطيتك دعواك لم يكن اقرارا وكذا لو قال المدعى عليه أخرعنى دعواك شهرا أو قال أخر الذى ادعيت لم يكن اقرارا ولو قال

أخرعنى دعواك حتى يقدم مالى فاعطيكها يكون اقرارا ولو قال حتى يقدم مالى فاعطيك دعواك فليس باقرار انتهى قلنا الفرق بين جلى فان اسم الاشارة فى الاولى كناية عن المال الموصوف بالوجوب على الخصم فى الواقع وفى الثانية الى المال الواجب فى زعم المدعى كانه قال من ذلك المال الذى تزعم وتدعى وجوبه على وتوضيحه أن قول المدعى لى عليك عشرة دراهم مدلوله وجوب عشرة دراهم فى ذمة المدعى عليه وذلك الوجوب موصوف بكونه فى زعم المدعى وادعائه فاذا أشير الى المدلول نفسه يكون الكلام الاول كالمعاد ويتضمن الجواب الاعتراف بالوجوب فيكون اقرارا واذا أشير اليه موصوفا بكونه فى زعم المدعى لم يوجد الاعتراف فلايكون اقرارا فان قيل ذكر فى الخانية قال لآخر لى عليك ألف درهم فقال لا اعطيكها لايكون اقرارا وفى التاتارخانية والبزازية اذا قال لغيره لى عليك ألف درهم فقال أما خمسمائة منها فلا أو قال أما خمسمائة منها فلا أعرفها فقد أقر بخمسمائة مع أن الضمير كناية عن المال الموصوف بالوجوب فى الذمة فانتقض ما ذكرتم قلنا لانسلم الانتقاض فان فى صورة النفى يحتمل توجه النفى الى جميع ما سبق ذكره كما فى قوله تعالى لايسألون الناس الحافا وقول الشاعر * على لاحب لايهتدى بمناره * قال الامام شمس الائمة السرخسى فى المبسوط فى مسئلة مالو قال أسرج دابتى هذه أو ألجم بغلى هذا أو أعط سرج بغلى هذا أو لجام بغلى هذا فقال لا حيث لايكون اقرارا فى عامة الروايات اذ لا جواب هو نفى فيكون موجبه ضد موجب جواب هو اثبات وهو قوله نعم فاذا جعل ذلك اقرارا عرفنا أن هذا لايكون اقرارا وهذا لانه نفى جميع ما سبق ذكره فكانه قال لا أعطيك وليس البغل والسرج واللجام لك لان هذا اللفظ صالح لنفى جميع ذلك انتهى مع أن قوله لا أعطيكها اقرار فى بعض الروايات وقد استدل بعض أعاظم العلماء على كون الجواب المذكور اقرارا بانه اذا قال هى منه لزمه القول والاعتراف بانه قضى خمسة

صاحب العناية فى بيان معنى الاقرار لغة ولم يصب فى بيان معناه شريعة أما الاول فلان أخذ الاقرار فى تعريف معنى الاقرار لغة كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية مع كونه مؤديا الى المصادرة مما يختل به المعنى اذ لامعنى لكون اثبات ما كان متزلزلا بين الشيئين المخصوصين هو أحد ذينك الشيئين كما لايخفى وأيضا الظاهر أن الاقرار فى اللغة ليس بمخصوص باثبات ما تزلزل بين الشيئين المخصوصين بل هو عام لاثبات كل ما تزلزل بين الشيئين مطلقا كما يدل عليه ماخذ اشتقاقه وهو القرار بمعنى الثبوت مطلقا وأما الثانى فلان الاخبار عن ثبوت الحق يتناول الدعوة والشهادة أيضا وانما يمتاز الاقرار الشرعى عنهما بقيد للغير على نفسه فان الدعوى اخبار عن ثبوت الحق لنفسه على الغير والشهادة اخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير فاذا زيد فى تعريف الاقرار الشرعى قيد للغير على نفسه كما فعله عامة الفقهاء يخرج عنه الدعوى والشهادة وأما اذا أطلق وقيل هو عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق كما فعله صاحب العناية فيدخل فيه الدعوى والشهادة فيختل التعريف ثم أقول فى تعريف العامة أيضا شئ أما الاول فلانه قد تقرر فى كتب الاصول أن التصرفات اما اثباتات كالبيع والاجارة والهبة ونحوها واما اسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها ولايخفى أن الاخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لايصدق على الاقرار بقسم الاسقاطات مطلقا فيلزم أن لا يكون تعريفهم المذكور جامعا وأما ثانيا فلان اقرار المكره لآخر بشئ من الحقوق غير صحيح شرعا على ما صرحوا به مع أنه يصدق عليه أنه اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيلزم أن لا يكون تعريفهم المزبور مانعا ويمكن أن يجاب عن الثانى بان كون اقرار المكره غير صحيح شرعا انما يقتضى أن لا يكون صحيحا شرعا الا أن يكون اقرارا مطلقا فى الشرع فيجوز أن يكون مقصودهم تعريف ما يطلق عليه الاقرار فى الشرع سواء كان صحيحا أو فاسدا وعن هذا ترى التعريفات الشرعية لكثير من العقود كالبيع والاجارة ونحوهما يتناول الصحيح منه والفاسد حتى ان كثيرا منهم تركوا قيد التراضى فى تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره كسائر البياعات الفاسدة كما صرحوا به فى موضعه وأما سبب الاقرار فارادة اسقاط الواجب عن ذمته باخباره واعلامه لئلا يبقى فى تبعة الواجب وأما شرطه فسيأتى فى الكتاب وأما ركنه فالالفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الاقرار وأما حكمه فظهور ما أقر به لا ثبوته ابتداء ألا ترى أنه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه عندنا ولهذا قالوا لو أقر لغيره بمال والمقر له يعلم أنه كاذب فى اقراره لايحل له أخذه عن كره منه فيما بينه

و بين الله تعالى الا أن يسلم عن طيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدأ منه على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رده وانه ملزم على المقر ما أقر به لوقوعه دليلا

آلاف فهذا اقرار بالمدعى كما فى قوله قضيتك بعضا منها أو أخذت شيأ منها أقول فيه تامل فانه اذا قال أما خمسمائة منها فلا لزمه القول بان خمسمائة منها فنعم مع أنه ليس اقرارا بالالف ويجوز أن يجاب بان لزوم تقييد الاثبات بقوله منها غير مسلم بل اللازم قال (واذا أقر الحر البالغ العاقل) الاقرار مشتق من القرار فكان فى اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا

أما خمسمائة فنعم فليتدبر (تذييل) قال فى المحيط فى أول باب الاقرار بالبراءة وغيرها قال هو برىء من مال عليه يتناول الديون لان كلمة على لا تستعمل الا فى الديون فلا يدخل تحتها الامانات ولو قال من مالى عنده يتناول الامانات دون المضمونات لان كلمة عند

قال (واذا أقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره

و بين الله تعالى الا أن يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدأ على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رد. كذا فى الكافى وغيره وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه وحكمه لزوم ما أقر به على المقر وعمله اظهار المخبر به لغيره لا التمليك به ابتداء و يدل عليه مسائل احداها أن الرجل اذا أقر بعين لا يملكه يصح اقراره حتى لو ملكه المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقر له ولو كان الاقرار تمليكا مبتدأ لما صح ذلك لانه لا يصح تمليك ما ليس بمملوك له والثانية أن الاقرار بالخمر للمسلم يصح حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لم يصح والثالثة أن المريض الذى لا دين عليه اذا أقر بجميع ماله لاجنبى صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم والرابعة أن العبد المأذون اذا أقر لرجل بعين فى يده صح اقراره ولو كان الاقرار سببا للملك ابتداء كان تبرعا من العبد وهو لا يجوز فى الكثير وأما دليل كونه حجة على المقر فالكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول أما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيأ بيانه أن الله تعالى أمر باملاء من عليه الحق فلو لم يلزمه بالاملاء شئ لما أمر به والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار وأيضا نهى عن الكتمان وهو آية على لزوم ما أقر به كما فى نهى الشهود عن كتمان الشهادة وقوله تعالى قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم اصرى قالوا أقررنا بيانه أنه طلب منهم الاقرار ولو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم قال المفسرون شهادة المرء على نفسه اقرار وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة قال ابن عباس رضى الله عنهما أى شاهد بالحق وأما السنة فروى أن النبى صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا باقرار بالزنا والغامدية باعترافها وقال فى قصة العسيف واغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فأثبت الحد بالاعتراف والحديثان مشهوران فى كتب الحديث فلو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وأثبت الحد به واذا كان حجة فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون حجة فى غيره أولى وأما الاجماع فان المسلمين أجمعوا على كون الاقرار حجة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وأما المعقول فلان الخبر كان مترددا بين الصدق والكذب فى الاصل لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعى الى الصدق والصارف عن الكذب لان عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الامارة بالسوء ربما تحمله على الكذب فى حق الغير أما فى حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه دواعى الى الصدق زواجر عن الكذب فكان الصدق ظاهرا فيما أقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا أقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه) أى لزم المقر (اقراره) أى موجب اقراره أو ما أقر به أقول يرد عليه النقض بما اذا أقر الحر

على صدق المخبر به قال الله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والشهادة على نفسه هو

تستعمل فى الامانات دون المضمونات ألا يرى لو قال لفلان عندى ألف درهم كان اقرارا بالامانة والبراءة من الاعيان بالاسقاط والابراء باطلة حتى لو قال أبرأتك عن هذه العين لا تصح لان العين لا تقبل الاسقاط فاما ثبوت البراءة عن الاعيان بالنفى من الاصل أو برد العين الى صاحبه صحيح حتى لو قال لا ملك لى فى هذه العين ثم ادعى أنها له لم تصح دعواه وقوله هو برىء من مالى عنده اخبار عن ثبوت البراءة وليس بانشاء للابراء فيحمل على سبب يتصور البراءة بذلك وهو النفى من الاصل أو الرد الى صاحبه تصحيحا لتصرفه وقال فى المحيط فى هذا الباب لو قال كل من لى عليه دين فهو برىء منه لا يبرأ غرماؤه من ديونه الا أن يقصد رجلا بعينه فيقول هذا برىء من مالى عليه أو قبيلة فلان وهم حضور وكذلك لو قال استوفيت جميع مالى على الناس من الديون لا يصح لما عرف فى كتاب الهبة فى

باب هبة الابن وقال فى المحيط فى باب الاقرار بالعتق والكتابة والتدبير أقر أنه أعتق عبده أمس وهو كاذب يعتق قضاء لا ديانة لان الظاهر ان العاقل صادق فى اقراره واخباره باعتبار عقله ودينه فاذا ادعى الكذب فيه فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى لانه مطلع على الظاهر لا على الضمير و يصدق ديانة لان الله تعالى مطلع على ضميره ولو أقر أنه أعتق عبده هذا لا بل هذا عتق لان كلمة لا بل للرجوع عن الاول واقامة الثانى مقامه واقامة الثانى مقام الاول صحيح والرجوع عن الاول لا يصح كما فى الطلاق تمت الرسالة (قال المصنف واذا أقر الحر البالغ العاقل الخ) أقول قال الزيلعى كون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ فى الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ فيه فى الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما اذا أقر

مجهولا

وفى الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشروطه ستذكر فى أثناء الكلام وحكمه أنه ملزم على المقر ما أقر به لوقوعه دلالة على المخبر به فان المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا وقد اعتضد هذا المعقول بقبوله صلى الله عليه وسلم الاقرار والالزام به فى باب الحدود فانه عليه السلام رجم ماعزا باقراره والغامدية باعترافها فانه اذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما فى غيره أولى وهو حجة قاصرة أما حجيته فلما تبين أنه ملزم وغيرا لحجة غير ملزم وأما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه أن الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة باقية فى الاقرار على غيره فبقى على التردد النافى لصلاحية الحجية وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر فى حق الاقرار

مجهولا كان ما أقر به أو معلوما) اعلم أن الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة ألا ترى كيف ألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا رضى الله عنه الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه

البالغ العاقل بحق مكرها فانه لا يلزمه اقراره فكان لا بد من ذكر الطائع أيضا لا يقال تركه اعتمادا على ظهور كون الطوع والرضا من شروط صحة الاقرار لانا نقول ليس ظهوره بمثابة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الاحكام كلها ولم يتركهما (مجهولا كان ما أقر به أو معلوما) هذا أيضا لفظ القدورى يعنى لا فرق فى صحة الاقرار ولزومه بين أن يكون ما أقر به معلوما أو مجهولا كما سيأتى تفصيله قال المصنف (اعلم أن الاقرار اخبار عن ثبوت الحق) أراد بهذا التنبيه على أن الاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا انشاء الحق ابتداء لئلا يرد الاشكال بصحة الاقرار بخمر للمسلم وغير ذلك من المسائل المبنية على كون الاقرار اخبارا عما ثبت فيما مضى لا انشاء فى الحال كما بيناها فيما مر ولم يرد بذلك تعريف الاقرار حتى يرد عليه أنه يتناول الدعوى والشهادة أيضا فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار كما زعمه بعض الشراح (وانه ملزم) أى وان الاقرار ملزم على المقر ما أقر به (لوقوعه) أى لوقوع الاقرار (دلالة) أى دليلا على وجود المخبر به كما يشهد به الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول على ما فصلناه فيما مر وقد أشار المصنف رحمه الله الى بعض منها بقوله (ألا ترى كيف ألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره) أى باقراره بالزنا (وتلك المرأة) أى وكيف ألزم تلك المرأة وهى الغامدية الرجم (باعترافها) أى باعترافها بالزنا أيضا فاذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما فى غيره أولى كذا قالوا أقول يرد على ظاهره منع اطلاق هذه الاولوية فان العبد المحجور عليه يصح اقراره بالحدود والقصاص ولا يصح اقراره بالمال على ما ذكره المصنف فيما سيأتى فكان ملزما فى حقه ما يندرئ بالشبهات دون غيره فتامل فى الدفع (وهو) أى الاقرار (حجة قاصرة) أى قاصرة على نفس المقر غير متعدية الى الغير (لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه) أى على المقر نفسه حتى لو أقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه لانه قد ثبت حق الحرية أو استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم بخلاف البينة فانها تصير حجة بالقضاء وللقاضى ولاية عامة فتتعدى الى الكل أما الاقرار فلا يفتقر الى القضاء فينفذ فى حق المقر وحده كذا فى الكافى وغيره واعلم أن هذا لا ينافى ما ذكروا أن الاقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه لان القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار فاتصاف الاقرار بالاقتصار على نفس المقر والشهادة بالتعدية الى الغير لا ينافى اتصافه

الاقرار (قوله وتلك المرأة باعترافها) هى الغامدية وهى التى أقر الماعز انه زنى بها فقال رسول الله عليه السلام لانس أغد يا أنس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمت فلما جعل الاقرار حجة فى الحدود التى تدرأ بالشبهات فلان يكون حجة فى غيرها أولى (قوله وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه) حتى لو أقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على أولاده وأمهاتهم

الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال واذا ملكها يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع انتهى ولا يخالف هذا ما ذكره المصنف لان المصنف جعل الحرية شرطا للزوم موجب اقراره فى الحال على ما هو المفهوم من قوله لزمه اقراره لا لصحة الاقرار فليتأمل فان ظاهر قوله ليصح اقراره مطلقا وقوله لا يصح اقراره بالمال ينبو عما ذكرنا وباب التاويل مفتوح (قوله وفى الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق الخ) أقول لعله ينتقض بالاقرار بانه لا حق له على فلان وبالابراء وباسقاط الدين ونحوه كاسقاط حق الشفعة الا أن يقال المعرف هو الاقرار فى الاموال كما يدل عليه

ما ذكر فى الدليل المعقول ووجه التقديم وفيه تامل قال الامام العلامة الكاكى فى شرح قولهم عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق أى الحق المعين على نفسه انتهى وفى عبارة التعيين تامل الا أنه لا بد من قيد على نفسه ليمتاز عن الدعوى والشهادة وقال الكاكى وسببه ارادة اسقاط الواجب عن ذمته انتهى وقال فى النهاية وركنه الالفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الاقرار على المقر انتهى (قوله لوقوعه دلالة) أقول فيه نوع مصادرة ويندفع بالتحقيق الذى نذكره بعد أسطر (قوله على المخبر به) أقول كوجوب المال اذا قال له على كذا (قوله أما حجيته فلما تبين أنه ملزم) أقول دليل من الشكل الثانى

وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لايصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص

بالقوة واتصافها بالضعف بالنسبة اليه بناء على انتفاء التهمة فيه دونها (وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا) أى فى المال وغيره (فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر فى حق الاقرار) حتى اذا أقر بدين لرجل أو بوديعة أو عارية أو غصب يصح (لكن المحجور عليه لايصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص) قال صاحب العناية وكان هذا اعتذارعن قوله اذا أقر الحر ولعله لايحتاج اليه لانه قال اذا أقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح وأما أن غير الحر اذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شئ اه أقول ليس ماذكره بصحيح اذ قد صرحوا فى مواضع شتى من هذا الكتاب وغيره بان التخصيص بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه بلاخلاف حتى أن الشارح المذكور قال فى أواخر فصل القراءة من باب النوافل من كتاب الصلاة فان قيل التخصيص بالذكر لايدل على النفى قلنا ذلك فى النصوص دون الروايات انتهى فكيف يصح قوله ههنا وأما ان غير الحر اذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت عنه ولو سلم أن لزوم اقرار غير الحر وعدم لزومه مسكوت عنه لايقصد نفى لزوم ذلك بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه شئ اذ يرد عليه حينئذ استدراك قيد الحر فيحتاج الى الاعتذار عن ذكره وقال صاحب العناية ويصح أن يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد فى صحة أقاريرهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح أما أولا فلانه لايشك العاقل الناظر الى قول المصنف وشرط الحرية ليصح اقرار مطلقا الخ فى أن مراده هو المعذرة عن ذكر قيد الحر لابيان التفرقة بين العبيد وأما ثانيا فلانه لو كان قول المصنف هذا لبيان التفرقة بين العبيد لما كان لذكر قوله ويصح بالحدود والقصاص موقع اذ لامدخل له فى الفرق بينهم بل هو مخل به لانهم متحدون فى صحة أقاريرهم بالحدود والقصاص فالمحمل الصحيح لكلام المصنف ههنا على فرض أن لايكون المقصود منه المعذرة انما هو بيان الفرق بين القيود الثلاثة الواقعة فى كلام القدورى بان قيد الحرية شرط صحة الاقرار مطلقا الاشرط صحة مطلق الاقرار بخلاف القيدين الآخرين أعنى البلوغ والعقل تامل تقف ثم أقول بقى بحث فى كلام المصنف أما أولا فلان كون العبد المأذون ملحقا بالحر فى حق الاقرار كما يدل عليه قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر فى حق الاقرار غير مسلم فانهم صرحوا بان العبد المأذون لايصح اقراره بالمهر والكفالة وقتل الخطا وقطع يد رجل عمدا أو خطا لانها ليست بتجارة وهو مسلط على التجارة لاغير ولاشك فى صحة اقرار الحر بتلك الامور فكان العبد المأذون ممن لايصح اقراره مطلقا بخلاف الحر اللهم الا أن يحمل قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر فى حق الاقرار على الغرض والمبالغة وأما ثانيا فلان اقرار العبد المحجور عليه بالمال نافذ فى حق نفسه ويلزمه المال بعد الحرية وان لم يلزمه فى الحال كما صرح به فى كتاب الحجر فما معنى نفى صحة اقراره بالمال ههنا بقوله لكن المحجور عليه لايصح اقراره بالمال لايقال مراده ههنا ان اقراره بالمال لايصح فى الحال لا أنه لايصح مطلقا فيوافق ماذكر فى كتاب الحجر لانا نقول لاشك أن مقصوده ههنا توجيه اشتراط الحرية فى مسئلة الكتاب والمذكور فى جواب هذه المسئلة لزوم الاقرار مطلقا أى بلا تقييد بالحال فلا يتم التقريب وأيضا عدم اللزوم فى الحال يوجد فى الحر أيضا كما اذا أقر بالديون المؤجلة وكما اذا أقر لانسان بعين مملوكة للغير فانه لايلزمه فى الحال واذا ملكها يوما يلزمه ويؤمر بتسليمها الى المقر له على أن الذى ذكره المصنف ههنا عدم صحة اقرار العبد المحجور عليه بالمال لاعدم لزومه ولايلزم من عدم لزوم اقراره بالمال فى الحال كما ذكر فى كتاب الحجر عدم صحة اقراره به فى الحال فلا يتم التوفيق اللهم الا أن تحمل الصحة ههنا على اللزوم قال فى البدائع وأما الحرية فليست بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا فى كتاب

ومدبريه ومكاتبيه لانه قد ثبت حق الحرية له واستحق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم (قوله وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا) أى فى المال وغيره

لان

ولكن المحجور عليه لايصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص وكأن هذا اعتذار عن قوله اذا أقر الحر ولعله لايحتاج اليه لانه قال اذا أقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح واما أن غير الحر اذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شئ ويصح أن يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد فى صحة أقاريرهم بالقصاص والحدود وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له

(قوله ولعله الى قوله فلا يرد عليه شئ) أقول أنت خبير بانهم صرحوا ومنهم صدر الشريعة فى باب المهر بان التخصيص بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه بلاخلاف فقوله ساكت عنه غير مسلم ولو سلم فالسكوت فى هذا المقام يحتاج الى المعذرة (قوله ويصح أن يقال ليس بمعذرة) أقول كونه معذرة هو الظاهر الجلى (قوله وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد) أقول التفرقة الاولى ليست بين العبيد بل بين اقرارى العبد المحجور ولعل قوله بين العبيد من قبيل التغليب (قوله وحجر المحجور) أقول عطف على صحة

وقوله (لان اقراره الخ) دليل ذلك المجموع والضمير فى اقراره للمحجور عليه أى اقرار المحجور عليه عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهى مال المولى فلا يصدق عليه لقصور الحجة بخلاف المأذون لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة أذن بما يلزمها وهو دين التجارة لان الناس لايبايعونه اذا علموا أن اقراره لايصح اذ قد لايتهيأ لهم الاشهاد فى كل تجارة يعملونها معه وبخلاف الحدود والقصاص لان العبد فيهما مبقى على أصل الحرية حتى لايصح اقرار المولى عليه فى ذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية والآدمية لاتزول بالرق ولابد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبى والمجنون غير لازم لعدم أهلية الالتزام الا اذا كان الصبى مأذونا له لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين ولايشترط كون المقر به معلوما

لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهى مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على أصل الحرية فى ذلك حتى لايصح اقرار المولى على العبد فيه ولابد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبى والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام الا اذا كان الصبى مأذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن

المأذون وكذا بالحدود والقصاص وكذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لاينفذ على المولى للحال حتى لاتباع رقبته بالدين بخلاف المأذون الا أنه يصح اقراره فى حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحرية لانه من أهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه فاذا عتق فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذا يصح اقراره بالحد والقصاص فيؤاخذ به للحال لان نفسه فى حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو أقر المولى عليه بالحد والقصاص لايصح انتهى وقال فى التبيين وكون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ فى الحال فيما لاتهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لايؤاخذ به فى الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير مالو أقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لاينفذ للحال وأما اذا ملكها يوما يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع انتهى قال المصنف فى تعليل مجموع ماذكره ههنا (لان اقراره) أى اقرار العبد المحجور عليه (عهد) أى عرف (موجبا لتعلق الدين برقبته) لان ذمته ضعفت بالرق فانضمت اليها مالية الرقبة كذا فى الكافى وغيره (وهى) أى رقبة العبد المحجور عليه (مال المولى فلا يصدق عليه) أى على المولى لقصور الحجة (بخلاف المأذون لانه) أى المأذون (مسلط عليه) أى على الاقرار (من جهته) أى من جهة المولى لان الاذن له بالتجارة اذن له بما لابد منه للتجارة وهو الاقرار اذ لو لم يصح اقراره انحسم عليه باب التجارة فان الناس لايبايعونه اذا علموا أن اقراره لايصح اذ لايتهيأ لهم الاستشهاد فى كل تجارة يعملونها معه كذا فى مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة (وبخلاف الحد والدم) أى القصاص (لانه) أى لان العبد (مبقى على أصل الحرية فى ذلك) أى فى الحد والدم بتاويل المذكور أو بجواز استعمال ذلك فى المثنى أيضا كما قالوا فى قوله تعالى عوان بين ذلك (حتى لايصح اقرار المولى على العبد فيه) أى فيما ذكر من الحد والقصاص لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية والآدمية لاتزول بالرق كذا فى الشروح قال بعض الفضلاء هذا الاستدلال لايدفع مالو قيل فى اقراره بالقصاص اهلاك رقبته التى هى مال المولى فيكون اقرارا على الغير والاولى أن يستدل عليه بما فى كتب الاصول انتهى أقول بل ذلك مدفوع لان المقصود بالقصاص اهلاك النفس واهلاك مالية رقبة العبد انما هو بالتبع فلا يكون اقراره بالقصاص اقرارا على الغير بالنظر الى ما هو المقصود منه اصالة ولايضره لزوم اهلاك مال الغير بالتبع اذ كم من شئ يثبت ضمنا ولايثبت أصالة وذكر فى كتب الاصول ان العبد يصح منه الاقرار بالحد والقصاص والسرقة المستهلكة لان الحياة والدم حقه ولاحتياجه اليهما فى البقاء ولهذا لايملك المولى اتلافهما ولايخفى أن ماتوهمه ذلك القائل يتوجه الى ماذكر فيها والمخلص ماحققناه (ولابد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبى والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام) فلا يلزم باقرارهما شئ (الا اذا كان الصبى مأذونا له) فحينئذ يصح اقراره فى قدر ما أذن له فيه (لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن) لانجبار رأيه برأى الولى فيعتبر كالبالغ والنائم والمغمى عليه كالمجنون لانهما ليسا من أهل المعرفة

(قوله بخلاف المأذون) لانه مسلط عليه من جهته فانه اذا أقر بدين لرجل أو وديعة أو غصب أو عارية فانه يصح لانه ملحق بالاحرار فى حق الاقرار لان المولى اذا أذن له فقد رضى بتعلق الدين برقبته فكان مسلطا عليه من جهته (قوله الا اذا كان الصبى مأذونا) فى التجارة كان اقراره جائزا بدين لرجل أو غصب

(قوله وهى مال المولى) أقول قوله وهى راجع الى الرقبة (قال المصنف بخلاف المأذون) أقول فيما هو من باب التجارة وأما فيما ليس كذلك من المال فيتأخر كاقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير أذن مولاه وكذا اذا أقر بجناية موجبة للمال (قوله بما يلزمها وهو الخ) أقول قوله هو راجع الى الموصول (قوله لان الناس لايبايعونه الخ) أقول فيه تامل (قوله لان وجوب العقوبة بناء الخ) أقول ماذكره لايدفع مالو قيل فى اقراره بالقصاص اهلاك رقبته التى هى مال المولى فيكون اقرارا على الغير والاولى أن يستدل عليه بما فى كتب الاصول (قوله لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين) أقول لدلالة الاذن على عقله

بجهالته لاتمنع صحته لان الاقرار اخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولا بان أتلف مالا لايدرى قيمته أو يجرح جراحة لايعلم أرشها أو تبقى
عليه بقية حساب لايحيطه علمه فالاقرار قد يلزم مجهولا وعورض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعى والحق قد

وجهالة المقر به لاتمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزم مجهولا بان أتلف مالا يدرى قيمته أو يجرح جراحة لايعلم أرشها أو تبقى عليه باقية حساب لايحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لايصلح مستحقا (ويقال له بين المجهول) لان التجهيل من جهته

والتمييز وهما شرطان لصحة الاقرار واقرار السكران جائز بالحقوق كلها الا بالحدود الخالصة والردة بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من السكران كما تنفذ من الصاحى كذا في الكافي ومعراج الدراية (وجهالة المقر به لاتمنع صحة الاقرار) يعني لو كان المقر به مجهولا بان قال المقر لفلان على شئ أو حق يصح الاقرار ويلزمه ما أقر به (لان الحق قد يلزم مجهولا) يعني أن الحق قد يلزم الانسان مجهولا (بان أتلف مالا لايدرى قيمته أو يجرح جراحة لايعلم أرشها) لان الواجب في الجراحات أن يستأنى حولا فلا يعلم في الحال موجبه (أو تبقى عليه باقية حساب لايحيط به) أى بما بقى من الحساب (علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به) أى فيصح بكون المقر به مجهولا فان قلت الشهادة اخبار عن ثبوت الحق أيضا ومع ذلك تمتنع صحتها بجهالة المشهود به فما الفرق بينهما قلت الشرع لم يجعل الشهادة حجة الا بعد العلم بالمشهود به قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع وأن الشهادة لاتوجب حقا الا بانضمام القضاء اليها والقضاء بالمجهول لايتصور أما الاقرار فموجب بنفسه قبل اتصال القضاء به وقد أمكن ازالة الجهالة بالاجبار على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لايصح الرجوع عن الاقرار ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها كذا في المبسوط (بخلاف الجهالة في المقر له) يعني أنها تمنع صحة الاقرار (لان المجهول لايصلح مستحقا) ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته أن جهالة المقر له انما تمنع صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس أما اذا لم تكن متفاحشة بان قال هذا العبد لاحد هذين الرجلين فلا تمنع ذلك وقال شمس الائمة السرخسي لايصح الاقرار في هذه الصورة أيضا لانه اقرار للمجهول وأنه لايفيد لان فائدته الجبر على البيان ولا يجبر على البيان ههنا لانه انما يجبر لصاحب الحق وهو مجهول وفي الكافي والاصح أنه يصح لانه يفيد اذ فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على أخذه فلهما حق الاخذ انتهى قال في شرح الطحاوي وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو أن يقول لرجل لك على أحدنا ألف درهم لان المقضى عليه مجهول وهكذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب نقلا عنه أقول في تمثيل جهالة المقر بالمثال المذكور نظر اذ الظاهر أن الجهالة فيه في المقر عليه لا في المقر لانه متعين وهو المتكلم والاولى في تمثيل ذلك أن يقال نحو أن يقول لرجل أحد من جماعة أو من اثنين لك على ألف ولا يدرى أيهم أو أيهما قال ذلك (ويقال له بين المجهول) هذا لفظ القدوري في مختصره يعني يقال للمقر فيما أقر بمجهول (لان التجهيل من جهته) أى من جهة المقر يعني أن الاجمال وقع من جهته فعليه البيان ولكن لابد أن يبين شيئا يثبت دينا في

أو وديعة أو عارية أو مضاربة لانه التحق بالاذن بالبالغ لدلالة الاذن على عقله ولا يصح اقراره بالمهر والجناية والكفالة لانها غير داخلة تحت الاذن اذ التجارة مبادلة المال بالمال والنكاح مبادلة المال بما ليس بمال والكفالة تبرع من وجه فلم تكن تجارة مطلقة (قوله وجهالة المقر به لاتمنع صحة الاقرار) علم أن الجهالة التى تتعلق بالاقرار لاتخلو عن ثلاثة أوجه اما أن تكون الجهالة في المقر أو في المقر له أو في المقر به فالاولان يمنعان صحة الاقرار بخلاف الثالث اما جهالة المقر له كما اذا قال لرجل على ألف درهم أو يقول لزيد على ألف درهم لم يصح الاقرار لان زيدا في الدنيا كثير الا أن يبين وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو أن يقول لرجل لك على أحد ألف درهم لان المقضى عليه مجهول وجهالة المقر به لاتمنع صحة الاقرار والبيان في ذلك الى المقر لانه هو المجمل فاليه بيانه كذا في شرح الطحاوى (قوله والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح

يلزم له مجهولا فالشهادة قد تلزم مجهولة وليست بصحيحة واجيب بان العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لايصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل أن يقول لك على واحد منا ألف واذا أقر بالمجهول يقال له بين المجهول لانه المجمل فاليه

(قوله وعورض الى قوله وليست بصحيحة) أقول ويجوز توجيهه نقضا بل ذلك أظهر ثم قوله وليست بصحيحة ممنوع كما نص عليه الزيلعي في أول الدعوى (قال المصنف بخلاف الجهالة في المقر له) أقول هذا الكلام في الشرح ناظر الى قوله ولا يشترط كون المقر له معلوما قال العلامة النسفي اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس لان المجهول لايصلح مستحقا وان لم تكن بان أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا فانه لايصح هذا الاقرار عند شمس الائمة السرخسي لانه اقرار للمجهول وفائدته الجبر على البيان ولا يجبر على البيان فلا يفيد وقيل يصح وهو الاصح لانه يفيد لان فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على أخذه فلهما حق الاخذ انتهى وظاهر أن يختار المصنف ماذهب اليه شمس الائمة

فصار

البيان كما اذا أعتق أحد عبديه فان لم يبين أجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالباء الجارة وفي بعض النسخ بصريح
اقرار وذلك أى الخروج انما يكون بالبيان فان قال له على شئ لزمه أن يبين ماله قيمة لانه أخبر عن الوجوب في ذمته

فصار كما اذا أعتق أحد عبديه (فان لم يبين أجبره القاضى على البيان) لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان (فان قال لفلان على شئ لزمه أن يبين ماله قيمة) لانه أخبر عن الوجوب في ذمته ومالا قيمة له لايجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال (والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له أكثر من ذلك) لانه هو المنكر فيه (وكذا اذا قال لفلان على حق) لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا

الذمة قل أو كثر نحو أن يبين حبة أو فلسا أو جوزة أو ما أشبه ذلك أما اذا بين شيئا لايثبت في الذمة فلا يقبل منه نحو أن يقول عنيت حق الاسلام أو كفا من تراب أو نحوه كذا في شرح الطحاوى وذكر في غاية البيان (فصار كما اذا أعتق أحد عبديه) أى فصار اقراره بالمجهول كما اذا أعتق أحد عبديه في وجوب البيان عليه (فان لم يبين) أى فان لم يبين المقر ما أجمله (أجبره القاضى على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره) بالباء الجارة وفي بعض النسخ بصريح اقراره (وذلك) أى الخروج عما لزمه بصحيح اقراره (بالبيان) لا غيره وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وعن الشافعي في قول ان وقع الاقرار المبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير يجعل ذلك انكارا منه ويعرض اليمين عليه فان أصر جعل ناكلا عن اليمين وحلف المدعى وان أقر ابتداء يقال للمقر له ادع حقك فاذا ادعى أو قر أو أنكر يجرى عليه حكمه كذا في معراج الدراية (فان قال لفلان على شئ لزمه أن يبين ماله قيمة) هذا لفظ القدورى في مختصره قال المصنف في تعليله (لانه أخبر عن الوجوب في ذمته) كما يدل عليه لفظة على لانها للايجاب والالزام (ومالا قيمة له لايجب فيها) أى في الذمة (فاذا بين غير ذلك) أى غير ماله قيمة (يكون رجوعا) عن الاقرار فلا يقبل (قال) أى القدورى في مختصره (والقول قوله) أى قول المقر (مع يمينه ان ادعى المقر له أكثر من ذلك) أى مما بينه يعني اذا بين المقر ماله قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان أو موزونا أو عدديا نحو كر حنطة أو فلس أو جوزة فاما أن يساعده المقر له أو لا فان ساعده أخذه وان لم يساعده بل ادعى عليه الزيادة فالقول قول المقر مع يمينه (لانه) أى لان المقر (هو المنكر فيه) أى فيما يدعى عليه المقر له من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه قال المصنف (وكذا اذا قال لفلان على حق) أى لزمه هنا أيضا أن يبين ماله قيمة (لما بينا) أنه أخبر عن الوجوب في ذمته ومالا قيمة له لايجب فيها وذكر في المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان على حق ثم قال مفصولا عنيت به حق الاسلام لايصدق وان قال موصولا يصدق لانه بيان يعتبر باعتبار العرف لانه لايراد به في العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية كذا في الكافي (وكذا لو قال غصبت منه شيئا) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدورى يعني لو قال غصبت من فلان شيئا صح اقراره ولزمه البيان أيضا والحاصل أن كل تصرف لايشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة فان الجهالة لاتمنع تحقق الغصب والوديعة فان من غصب من رجل مالا مجهولا في كيس أو أودعه مالا مجهولا في كيس فانه يصح الغصب والوديعة ويثبت حكمهما وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لايصح وذلك كالبيع والاجارة فان من أقر أنه باع من فلان شيئا أو آجر من فلان شيئا أو اشترى من فلان كذا بشئ لايصح ولا يجبر المقر على تسليم شئ وهذا لان الثابت بالاقرار كالثابت معاينة ولو عاينا

به) أى بكون المقر به مجهولا (قوله وكذا اذا قال لفلان على حق لما بينا) أى لانه أخبر عن الوجوب في ذمته وذكر في المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان على حق ثم قال مفصولا عنيت به حق الاسلام لايصدق وان قال موصولا يصدق لانه بيان يعتبر باعتبار العرف لانه لايراد به في العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية (قوله وكذا لو قال غصبت منه شيئا) ذكر في المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيئا فالاقرار صحيح ويلزمه به

ومالا قيمة له لايجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل فاذا بين ماله قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان أو موزونا أو عدديا نحو كر حنطة أو فلس أو جوزة فاما أن يساعده المقر له أو لا فان ساعده أخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعى الزيادة عليه وهو منكر وكذلك اذا قال لفلان على حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه أن يبين ما هو مال حتى لو بين أن المغصوب زوجته أو ولده لايصح وهو اختيار مشايخ ماوراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول أصح لان الغصب أخذ مال فحكمه لايجرى فيما ليس بمال ولا بد أن يبين ما يجرى فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة أو في قطرة ماء لايصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار أو في خمر المسلم صح لانه مال يجرى فيه التمانع فان قيل الغصب أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لايصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيهما فالجواب أن ذلك حقيقة وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد أشار اليه بقوله

(قوله فالجواب أن ذلك حقيقة الخ) أقول يعني أن ذلك حقيقة شرعية وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة والعرف فان لفظ الغصب يطلق في العرف على المعنى الاعم من المعنى الحقيقي

ويجب أن يبين ماهو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة

أنه باع منه شيا مجهولا لايجب تسليم شئ بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب شيأ مجهولا فى كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار واذا صح الاقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقا للمقر له كذا فى الكافى والمحيط البرهانى (ويجب أن يبين ماهو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة) أى اعتمادا عليها واعلم أنه ذكر فى المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيا فالاقرار صحيح ويلزمه ما يبينه ولا بد أن يبين شيا هو مال لان الشئ حقيقة اسم لماهو موجود مالا كان أو غيرمال الا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه فان الغصب لا يرد الا على ماهو مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيا يكون اقرارا بشراء ماهو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد أن يبين مالا يجرى فيه التمانع بين الناس حتى لو فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لان اقراره بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا انما يجرى فيه التمانع فاذا بين شيا بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل كلامه وبيان التقرير يصح موصولا كان أو مفصولا ويستوى أن يبين شيا يضمن بالغصب أو لا يضمن بعد أن يكون بحيث يجرى فيه التمانع حتى اذا بين أن المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك ان بين أن المغصوب دار فالقول قوله وان كانت لا تضمن بالغصب عند أبى حنيفة واختلف المشايخ فيما اذا بين أن المغصوب زوجته أو ولده فمنهم من يقول بيانه مقبول لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى فى الاموال وأكثرهم على أنه لا يقبل بيانه بهذا لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه الى هنا لفظ المبسوط وصرح فى الايضاح وغيره بان الاول وهو قبول بيانه بان المغصوب زوجته أو ولده اختيار مشايخ العراق والثانى وهو عدم قبول بيانه بذلك اختيار مشايخ ماوراء النهر واذ قد عرفت ذلك تبين لك أن المصنف اختار ههنا قول مشايخ ماوراء النهر حيث قال ويجب أن يبين ماهو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة يعنى ان مطلق اسم الغصب ينطلق على أخذ مال متقوم فى العرف هذا وقال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وكذا لو قال غصبت منه شيا وجب عليه أن يبين ماهو مال حتى لو بين أن المغصوب زوجته أو ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ماوراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول أصح لان الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى فيما ليس بمال ولا بد أن يبين ما يجرى فيه التمانع حتى لو بين حبة حنطة أو فى قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له فى بيانه ولو بين فى العقار أو فى خمر المسلم يصح لانه مال يجرى فيه التمانع فان قيل الغصب أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده هو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيهما فالجواب أن ذلك حقيقته وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف فى موضعه وقد أشار اليه بقوله تعويلا على العادة الى هنا كلامه أقول فيه نظر أما أولا فلان صحة ماذكره فى هذا الجواب من أن حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة تنافى صحة ماذكره فى تعليل أصحية اختيار مشايخ ماوراء النهر فيما لو بين أن المغصوب زوجته أو ولده من أن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى فيما ليس بمال لان مشايخ العراق يقولون ان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى فى الاموال كما صرح به فى المبسوط وغيره وليس معنى هذا القول منهم الا أن حقيقة الغصب تترك فى ذلك بدلالة العادة فكيف يصح تعليل أصحية اختيار مشايخ ماوراء النهر فيه بان الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى فيما ليس بمال وأما ثانيا فلان قوله وقد أشار اليه بقوله تعويلا على العادة لا يكاد يصح لان قول المصنف تعويلا على العادة علة لوجوب أن يبين ماهو مال

ما يبينه ولا بد من أن يبين شيا هو مال لان الشئ حقيقة اسم لماهو موجود مالا كان أو غير مال الا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه فالغصب لا يرد الا على ماهو مال وما يثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله

(ولو

(تعويلا على العادة) قال

(ولو قال لفلان على مال فالمرجع اليه فى بيانه لانه المجمل ويقبل قوله فى القليل والكثير) لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به (الا أنه لا يصدق فى أقل من درهم) لانه لا يعد مالا عرفا (ولو قال مال عظيم لم يصدق فى أقل من مائتى درهم) لانه أقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغنى عظيم عند الناس وعن أبى حنيفة أنه لا يصدق فى أقل من عشرة دراهم وهى نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب

يجرى فيه التمانع ومعناه أن حقيقة الغصب وان تناولت ما يجرى فيه التمانع من الاموال ومالا يجرى فيه التمانع منها الا أن العادة خصصته بالاول فلا بد أن يبين ذلك ومقصوده الاحتراز عما لو بين حبة حنطة أو قطرة ماء فانه لا يصح قطعا وأما أن حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة الى ماهو أعم منها فلا اشارة اليه فى كلامه أصلا كيف ولو صح ذلك عنده وكان فى كلامه اشارة اليه لما صح القول منه بوجوب أن يبين مالا اذ العادة جارية قطعا على اطلاق لفظ الغصب على ماليس بمال كالزوجة والولد اطلاقا جاريا على اللغة لا على حقيقته الشرعية وبالجملة ان كلام المصنف ههنا مسوق على ماهو مختار مشايخ ماوراء النهر دون مختار مشايخ العراق وفيما ذكره صاحب العناية خلط المذهبين (ولو قال لفلان على مال فالمرجع اليه فى بيانه) وهذا لفظ القدورى فى مختصره يعنى لو قال أحد فى اقراره لفلان على مال فالرجوع الى المقر فى بيان قدر المال قال المصنف فى تعليله (لانه المجمل) يعنى أن المقر هو المجمل والرجوع فى بيان المجمل الى المجمل (ويقبل قوله فى القليل والكثير) هذا من تتمة كلام القدورى قال المصنف فى تعليله (لان كل ذلك مال فانه) أى المال (اسم لما يتمول به) وذلك موجود فى القليل والكثير ثم قال المصنف (الا أنه) أى المقر (لا يصدق فى أقل من درهم) والقياس أن يصدق فيه أيضا لانه مال وفى الاستحسان لا يصدق فيه وجه ترك الحقيقة بدلالة العرف وقد أشار اليه بقوله (لانه) أى الاقل من درهم (لا يعد مالا عرفا) فان مادون الدرهم من الكسور ولا يطلق اسم المال عليه عادة كذا فى المبسوط قال الامام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد ولو قال له على مال كان القول قوله فيه ودرهم مال ثم قال وهذا اللفظ يوهم أنه لا يقبل قوله اذا بين أقل من درهم وقال بعضهم ينبغى أن يقبل قوله فى البيان لان اسم المال منطلق على نصف درهم وسدس درهم كما ينطلق على الدرهم ثم قال والصحيح أنه لا يقبل لان المال الذى يدخل تحت الالتزام والاقرار لا يكون أقل من درهم وهذا ظاهر فى حكم العادة فحملناه عليه اه كلامه وقال الناطفى فى أجناسه وفى نوادر هشام قال محمد رحمه الله لو قال لفلان على مال له أن يقر بدرهم ثم قال وقال الهارونى لو قال لفلان على مال هو على عشرة دراهم جياد ولا يصدق فى أقل منه فى قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله وقال أبو يوسف يصدق فى ثلاثة دراهم ولا يصدق فى أقل منه الى هنا لفظ الاجناس (ولو قال مال عظيم لا يصدق فى أقل من مائتى درهم) هذا لفظ القدورى يعنى لو قال لفلان على مال عظيم فعليه ما يجب فيه الزكاة وهو مائتا درهم وقال الشافعى هو مثل الاول فلنا فيه الغاء لوصف العظم فلا يجوز وقد أشار المصنف اليه بقوله (لانه أقر بمال موصوف) أى موصوف بوصف العظم (فلا يجوز الغاء الوصف) بل لا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس (والنصاب) مال (عظيم) فى الشرع والعرف (حتى اعتبر صاحبه غنيا به) فأوجب عليه مواساة الفقراء (والغنى عظيم عند الناس) فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف وهذا قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يذكر محمد فى الاصل قول أبى حنيفة فى هذا الفصل فاختلفت رواية المشايخ عنه فيه فاراد المصنف بيان ذلك فقال (وعن أبى حنيفة) أى روى عنه (أنه) أى المقر فى هذا الفصل (لا يصدق فى أقل من عشرة دراهم وهى نصاب السرقة) ونصاب المهر أيضا (لانه) أى لان هذا النصاب (عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة) ويستباح به البضع المحترم (وعنه) أى عن أبى حنيفة رحمه الله (مثل جواب الكتاب) أى مثل ماذكر فى مختصر القدورى من أنه لا يصدق فى أقل من مائتى درهم قال فى غاية البيان وهو الصحيح لانه لم يذكر

اشتريت من فلان شيا يكون اقرارا بشراء ماهو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد من أن يبين مالا يجرى

(ولو قال لفلان على مال الخ) اذا قال فى اقراره لفلان على مال فمرجع البيان اليه لكونه المجمل ويقبل قوله فيما بين الا فيما دون الدرهم والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم قال الشافعى هو مثل الاول وقلنا فيه الغاء لوصف العظم ولا يجوز فلا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس والغنى عظيم عند الناس والغنى بالنصاب لان صاحبه يعد غنيا فلا بد من البيان به فان بين بالمال الزكوى فلا بد من بيان أقل ما يكون نصابا ففى الابل خمس وعشرون لانه أقل نصاب تجب فيه الزكاة من جنسه وفى الدينار بعشرين مثقالا وفى الدراهم بمائتى درهم وان بين بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب وهذا قول أبى يوسف ومحمد ولم يذكر محمد قول أبى حنيفة فى الاصل فى هذا الفصل وروى عنه أنه قال لا يصدق فى أقل من نصاب السرقة لانه عظيم تقطع به اليد المحترمة وروى عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا يجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا العظيم من حيث المعنى

(قوله قيل وهو الصحيح) أقول القائل هو الاتقانى

وهذا اذا قال من الدراهم أما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفى الابل بخمس وعشرين لانه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفى غير مال الزكاة بقيمة النصاب (ولو قال أموال عظام

عدداحتى تجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذى يجب فيه الزكاة لانه أقل مال له خطر فى الشرع اه وذكره صاحب العناية أيضا بقليل خلاف قوله لانه أقل مال له خطر فى الشرع أقول فيه بحث لان التعليل المذكور لا يفيد كون ما فى هذه الرواية هو الصحيح لان ايجابنا العظيم من حيث المعنى أمر مقرر على كلتا الروايتين وانما النزاع فى أن ذلك العظيم ماذا هل هو نصاب الزكاة أم نصاب السرقة والمهر فقوله وهو المال الذى تجب فيه الزكاة غير مسلم على الرواية الاخرى وكذا قوله لانه أقل مال له خطر فى الشرع اذ لصاحبها أن يقول بل هو المال الذى يجب فيه قطع اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وهو أقل مال له خطر فى الشرع فلم يتم التقريب قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله والاصح على قول أبى حنيفة أنه يبنى على حال المقر فى الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغنى حقير وكما أن المائتين عظيم فى حكم الزكاة فالعشرة عظيم فى حكم قطع يد السارق وتقدير المهر بها فوقع التعارض فيرجع الى حال المقر كذا فى فتاوى قاضيخان وذكر فى بعض الشروح (وهذا) أى ماذكر من أنه لا يصدق فى أقل من مائتى درهم (اذا قال من الدراهم) أى اذا قال له على مال عظيم من الدراهم سواء قال كذلك ابتداء أو قال فى الابتداء له على مال عظيم ثم بين مراده من المال العظيم بالدراهم فقول صاحبى النهاية ومعراج الدراية فى شرح قول المصنف هذا اذا قال من الدراهم أى بين وقال ان مرادى بالمال العظيم الدراهم لا يخلو عن تقصير (أما اذا قال من الدنانير) أى اذا قال ذلك ابتداء أو ثانيا عند البيان (فالتقدير فيها) أى فى الدنانير (بالعشرين) أى بعشرين مثقالا لانه نصاب الزكاة فى الذهب (وفى الابل بخمس وعشرين) يعنى وفيما اذا قال من الابل يقدر بخمس وعشرين ابلا (لانه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه) كعشرين مثقالا فى الدنانير ومائتى درهم فى الدراهم والحاصل أنه اذا بين بجنس من أجناس الاموال الزكوية فالمعتبر أقل ما يكون نصابا فى ذلك الجنس فان قيل ينبغى أن يقدر فى الابل بخمس لانه تجب فيها شاة فكان صاحبها غنيا قلنا هى مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكاة وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها فاعتبرنا ماذكرنا ليكون عظيما مطلقا اذ المطلق ينصرف الى الكامل كذا فى الكافى وبعض الشروح (وفى غير مال الزكاة بقيمة النصاب) يعنى وفيما اذا بين بغير مال الزكاة يقدر بقيمة النصاب أى بقدر النصاب قيمة (ولو قال أموال عظام) أى ولو قال على أموال عظام بصيغة

فيه التمانع بين الناس حتى ان فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لان الاقرار بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه وهذا انما يجرى فيه التمانع فاذا بين شيأ بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل كلامه وبيان التقرير صحيح موصولا كان أو مفصولا ثم ان ساعده المقر له على ما بينه أخذه وان ادعى غيره فالقول قول المقر مع يمينه لانه خرج عن موجب اقراره بما بين فاذا كذبه المقر له فيه صار رادا لاقراره وتبقى دعواه شيأ آخر عليه وهو لذلك منكر فالقول قوله مع يمينه ولا فرق بين أن يبين شيأ يضمن بالغصب أو لا يضمن بعد أن يكون بحيث يجرى فيه التمانع حتى اذا بين أن المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك ان بين أن المغصوب دار فالقول قوله وان كانت لا تضمن عند أبى حنيفة رحمه الله واختلفت المشايخ فيما اذا بين أن المغصوب زوجته أو ولده فمنهم من يقول بيانه مقبول وفى الايضاح وهذا اختيار مشايخ العراق لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوجة والولد عادة والتمانع فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى فى الاموال وأكثرهم على انه لا يقبل بيانه بهذا وفى الايضاح وأما اختيار أهل ما وراء النهر لا بد من أن يبين شيأ له قيمة لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه واختار فى الهداية قول هؤلاء حيث قال يجب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة أى لان مطلق اسم الغصب يطلق على أخذ مال متقوم فى العرف (قوله وفى الابل بخمس وعشرين) كان ينبغى أن يقدر فيه بخمس لانه تجب فيه شاة فكان غنيا قلنا هو مال عظيم من وجه حتى

وهو المال الذى تجب فيه الزكاة قال فى النهاية والاصح على قوله أنه يبنى على حال المقر فى الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغنى ليست بعظيمة (ولو قال أموال عظام

(قوله وهو المال الذى تجب فيه الزكاة) أقول قال الاتقانى لانه أقل مال له خطر فى الشرع انتهى وفيه نظر ولذا لم يذكره الشارح

فالتقدير

فالتقدير بثلاثة نصب من أى فن سماه) اعتبار الادنى الجمع (ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق فى أقل من عشرة) وهذا عند أبى حنيفة (وعندهما لم يصدق فى أقل من مائتين) لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف مادونه

الجمع (فالتقدير بثلاثة نصب من أى فن سماه) أى من أى نوع سماه حتى لو قال من الدراهم كان التقدير بستمائة درهم ولو قال من الدنانير كان بستين مثقالا ولو قال من الابل كان بخمس وسبعين الى غير ذلك من الاجناس وانما كان كذلك (اعتبار الادنى الجمع) فان أدنى الجمع ثلاثة فيحمل على ثلاثة أموال عظام وهو ثلاثة نصب من جنس ما سماه ولو قال على مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطفى لم أجده منصوصا وكان الجرجانى يقول يلزمه مائتان كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الايضاح والذخيرة وفى غاية البيان نقلا عن الفتاوى الصغرى قال شمس الائمة البيهقى فى كفايته عن أبى يوسف قال لفلان على دراهم مضاعفة يلزمه ستة لان أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة قال له على دراهم أضعافا مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافا عليه ثمانية عشر لان الاضعاف جمع الضعف فيضاعف ثلاث مرات فكانت تسعة وقوله مضاعفة يقتضى ضعف ذلك فيقتضى ثمانية عشر وفى الصورة الثانية الدراهم المضاعفة ستة وأضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر قال على عشرة دراهم وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما لان أضعاف العشرة ثلاثون فاذا ضمت الى العشرة كان أربعين فاوجبها مضاعفة فيكون ثمانين (ولو قال دراهم كثيرة) أى لو قال لفلان على دراهم كثيرة (لم يصدق فى أقل من عشرة دراهم) هذا لفظ القدورى قال المصنف (وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لم يصدق فى أقل من مائتين) وعند الشافعى يصدق فى ثلاثة دراهم ولا يصدق فى أقل من ذلك وكذلك لو قال لفلان على دنانير كثيرة لم يصدق عند أبى حنيفة فى أقل من عشرة دنانير وعندهما فى أقل من عشرين مثقالا وعند الشافعى فى أقل من ثلاثة دنانير كذا ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه وقال القدورى فى كتاب التقريب روى ابن سماعة عن أبى يوسف عن أبى حنيفة مثل قولهما وجه قول الشافعى أنه وصف الدراهم مثلا بصفة لا يمكن العمل بها وهى الكثرة فيلغو ذكرها وذلك لان اثبات صفة الكثيرة لمقدار من المقادير الكثيرة على التعيين غير ممكن لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم أما من حيث الحقيقة فلان الكثرة أمر اضافى يصدق بعد الواحد على كل عدد وأما من حيث العرف فلان الناس متفاوتون فى ذلك فكم من كثير عند قوم قليل عند الآخرين وأما من حيث الحكم فلان حكم الشرع يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبما دونه عند الآخر كما فى نصاب السرقة والمهر ويتعلق تارة بالمائتين كما فى نصاب الزكاة وحرمة الصدقة ويتعلق تارة بأكثر من مائتين كما فى الاستطاعة فى الحج فى الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فاذا تعذر العمل بها الغاذ كرها فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلاثة ووجه قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ما أشار اليه المصنف بقوله (لان صاحب النصاب) يعنى صاحب نصاب الزكاة (مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره) بدفع زكاته والتصدق على الفقير (بخلاف مادونه) أى بخلاف مادون النصاب فان صاحبه مقل ولهذا لم يلزمه مواساة غيره قال صاحب العناية فى تقرير دليلهما وقالا أمكن العمل بها أى بالكثرة حكما لان فى النصاب كثرة حكمية فالعمل به أولى من الالغاء اه أقول فيه نظر لان نصاب الزكاة وان كان له كثرة فى ترتب حكم وجوب الزكاة الا أن نصاب السرقة والمهر وهو العشرة عند ناله

تجب فيه الزكاة وليس بعظيم من وجه حتى لا تجب فيه من جنسه فاعتبرنا ماذكرنا ليكون عظيما مطلقا اذ المطلق ينصرف الى الكامل وفى غير مال الزكاة بقيمة النصاب ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه تحقيقا لادنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستمائة درهم وكذلك فى كل جنس يريده حتى لو أراد الابل تجب عليه من الابل خمسة وسبعون وهذا لان أقل الجمع ثلاثة فيحمل على ثلاثة أموال ولو قال على مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطفى لم أجده منصوصا وكان الجرجانى يقول يلزم مائتان ولو قال على دريهم أو دنينير فعليه درهم تام ودينار تام لان الصغير قد يذكر لصغر حجمه بالتصغير فلا ينقص

فالتقدير فى ثلاثة نصب من أى نوع سماه اعتبار الادنى الجمع واذا قال دراهم كثيرة لم يصدق فى أقل من عشرة عند أبى حنيفة وفى أقل من مائتى درهم عندهما) وفى أقل من ثلاثة عند الشافعى لان الكثرة أمر اضافى يصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف فكم من مستكثر عند قوم قليل عند آخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وبأقل منه كما فى السرقة والمهر على مذهبه وبالمائتين أخرى كالزكاة وجوبا وحرمانا من أخذها وبأكثر من ذلك كالاستطاعة فى الحج فى الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلاثة وقالا أمكن العمل بها حكما لان فى النصاب كثرة حكمية فالعمل بها أولى من الالغاء وقال أبو حنيفة الدراهم اسم يقع به تمييز العدد

(قوله لان الكثرة الخ) أقول قوله لان الكثرة تعليل لقوله وفى أقل الخ (قوله كما فى السرقة والمهر الخ) أقول كما فى السرقة مثال العشرة يعنى على مذهبنا وقوله والمهر نظير الاقل على مذهبه

وله أن العشرة أقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه

أيضا كثرة فى ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع وكذا الاكثر من المائتين مما يحصل به الاستطاعة فى الحج من الاماكن البعيدة له كثرة فى ترتب حكم وجوب الحج فوقع التعارض بين هاتيك الكثرات الحكمية فلم يمكن العمل باحداها على التعيين فقوله لان فى النصاب كثرة حكمية لايجدى شيأ وهو ظاهر وكذا قوله فالعمل به أولى من الالغاء لان أولوية العمل به من الالغاء لا يستلزم أولوية العمل به من العمل بما فيه كثرة أخرى فلا يتم المطلوب وقال صاحب الغاية فى تقرير دليلهما ولابى يوسف ومحمد أن العمل بهذه الصفة وان تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعى لكن أمكن العمل بها حكما ولا يلغى من كلام العاقل ما أمكن تصحيحه فيجب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كأنه قال لفلان على دراهم كثيرة حكما والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه مائتا درهم لانها كثيرة شرعا فى حق القطع والمهر ووجوب الزكاة وحرمة الصدقة فاما العشرة ان كانت كثيرة فى حق القطع وجواز النكاح ففى حق حرمة الصدقة ووجوب الزكاة قليل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل من ذلك الاسم لا الى الناقص وأقل ما ينطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه مائتا درهم فاما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما انتهى كلامه أقول فيه أيضا نظر لان ما بسطه وان أفاد فى الظاهر أولوية حمل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد أولوية حملها على المائتين من حملها على الاكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الاماكن البعيدة كما أدرجه نفسه أيضا فى تقرير دليل الشافعى بل أفاد أولوية العكس لان الاكثر من المائتين هو الذى تحقق فيه الكثرة حكما من كل وجه فانه كثير فى حق وجوب الحج أيضا من الاماكن البعيدة وأما المائتان فهو بين القليل والكثير بالنظر الى حكم الحج من الاماكن البعيدة فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما فلم يتم المطلوب تأمل (وله) أى ولابى حنيفة رحمه الله (أن العشرة أقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع) أى عند كونه مميزا للعدد (يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما) يعنى أن العدد اذا جاوز العشرة يصير مميزه مفردا لا جمعا (فيكون) أى العشرة (هو الاكثر من حيث اللفظ) أى من حيث دلالة اللفظ عليه (فينصرف اليه) لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولم يوجد مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره كذا فى العناية لا يقال ينبغى أن يصدق فيما بين الثلاثة والعشرة لانه كثير لانا نقول لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له كذا فى غاية البيان أقول بقى ههنا شئ وهو أن كون العشرة أقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع انما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بأن يكون مميزا له كما نبهنا عليه آنفا لا عند انفراده عنه فانه يجوز أن يراد بجمع الكثرة حال الانفراد ما فوق العشرة الى ما لا نهاية له كما لا يخفى على العارف باللغة ومسئلتنا مفروضة فى حال انفراد الدراهم عن ذكر العدد فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها البتة قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية فى تعليل قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة لان جمع الكثرة أقله عشرة أقول ليس ذلك بصحيح أما أولا فلان جمع الكثرة أقله أحد عشر لا عشرة على ما تقرر فى علم النحو قال الفاضل الرضى قالوا مطلق الجمع على ضربين قلة وكثرة والمراد بالقليل من الثلاثة الى العشرة والحدان داخلان وبالكثير ما فوق العشرة اه وأما ثانيا فلانه لو كانت علة قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة كون أقل جمع الكثرة عشرة لزم ان لا يصدق أيضا عنده فى أقل من عشرة فيما اذا قال له على دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع أنه يصدق هناك فى ثلاثة بالاتفاق كما سيأتى والاولى فى تعليل قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال ولابى حنيفة أن الكثرة من حيث الحكم غير مذكورة نصا وانما تثبت ضرورة أن لا تصير صفة الكثرة لغوا فان العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعذر وما ثبت مقتضى

عن الوزن ولو قال حنطة كثيرة فهذا على خمسة أوسق والوسق ستون صاعا وهذا على قولهما لان النصاب فى باب العشرية مقدر بهذا وأما على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فلا نصاب للحنطة فيرجع الى بيان المقر

وأقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان ما بعده مميز بالمفرد يقال أحد عشر درهما ومائة وألف درهم فتكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره

(قوله لا يعدل الى غيره) أقول خبر ان فى قوله لان العمل بما دل الخ

(ولو

(ولو قال دراهم فهى ثلاثة) لانها أقل الجمع الصحيح (الا أن يبين أكثر منها) لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد

صحة الغير يثبت أدنى ما يصير به الغير وأدنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم فان القطع متعلق شرعا بالكثير من المال لا بالقليل على ما روى أنه كان لا يقطع فى الشئ التافه ثم اعتبر النصاب فى حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة اه قال الشيخ أبو نصر البغدادى والفرق لابى حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن قوله دراهم كثيرة يفيد العدد لان الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التى ترجع الى العدد وقوله مال عظيم لا يتضمن عددا فوجب أن يحمل على المستعظم لا من حيث العدد والعظيم فى الشرع ما يصير به غنيا فيجب الزكاة فيه فاعتبر ذلك (ولو قال دراهم فهى ثلاثة) هذا لفظ القدورى فى مختصره يعنى لو قال له على دراهم وجب عليه ثلاثة دراهم بالاتفاق قال المصنف فى تعليله (لانها أقل الجمع الصحيح) يعنى أن الدراهم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة فيلزمه ثلاثة لكونه متيقنا أقول فيه بحث لانه ان كان لفظ الصحيح فى قوله لانه أقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر من ظاهر التركيب يرد عليه أن الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلم يطابق الدليل المدعى وان كان صفة لاقل كما يشعر به قول صاحب الكافى لانه أدنى الجمع المتفق عليه وقول صاحب العناية لانها أقل الجمع الصحيح الذى لا خلاف فيه بخلاف المثنى يتجه عليه أن كون أقل الجمع ثلاثة انما هو فى جمع القلة دون جمع الكثرة فان أقل جمع الكثرة أحد عشر كما مر بيانه آنفا والدراهم جمع كثرة اذ قد تقرر فى كتب النحو أن جميع أمثلة الجمع المكسر جمع كثرة سوى الامثلة الاربعة المعروفة وهى أفعل وأفعال وأفعلة وفعلة عند الكل وسوى فعلة كأكلة عند الفراء وسوى أفعلاء كأصدقاء فى نقل التبريزى ولفظ الدراهم ليس من أحد هاتيك الامثلة فكان جمع كثرة قطعا فلم يتم المطلوب ثم أقول يمكن الجواب عن ذلك بوجهين على اختيار الشق الثانى من الترديد الاول أن الفاضل الرضى صرح بان كل جمع تكسير للرباعى الاصلى حروفه مشترك بين القلة والكثرة ولا شك أن الدراهم من هذا القبيل فلما اشترك بين القلة والكثرة كان أقله المتيقن هو الثلاثة فتم المطلوب والثانى أن المحقق التفتازانى قال فى التلويح فى أوائل مباحث ألفاظ العام بصدد تحقيق ما ذهب اليه أكثر الصحابة والفقهاء وأئمة اللغة من أن أقل الجمع ثلاثة واعلم أنهم لم يفرقوا فى هذا المقام بين جمعى القلة والكثرة فتدل بظاهره على أن التفرقة بينهما انما هى فى جانب الزيادة يعنى أن جمع القلة مختص بالعشرة فما دونها وجمع الكثرة غير مختص لا أنه مختص بما فوق العشرة وهذا أوفق بالاستعمالات وان صرح بخلافه كثير من الثقات اه كلامه فيجوز أن يكون مدار الدليل المذكور على ما هو الاوفق بالاستعمالات وتقريرات أهل الاصول من كون التفرقة بين جمعى القلة والكثرة فى جانب الزيادة لا فى جانب النقصان فتدبر (الا أن يبين أكثر منها) هذا من تتمة كلام القدورى فى مختصره يعنى الا أن يبين المقر أكثر من الثلاثة فحينئذ يلزمه ما بينه قال المصنف (لان اللفظ) أى لفظ الجمع (يحتمله) أى يحتمل الاكثر من الثلاثة ولا تهمة فيه لكونه عليه لا له (وينصرف الى الوزن المعتاد) أى الى الوزن المتعارف وهو غالب نقد البلد لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف كما مر فى البيوع ولا يصدق فى أقل من ذلك لانه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه قال فى التحفة وان لم يكن فيه شئ متعارف يحمل على وزن سبعة فانه الوزن المعتبر فى الشرع وهكذا ذكر فى العناية وقال فى البدائع وان كان الاقرار فى بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبعة يقع اقراره على ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا أقل من وزن بلده لا يصدق لانه يكون رجوعا ولو كان فى البلد أوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما فى نقد البلد فان استوت يحمل على أقل الاوزان لانه متيقن به والزيادة مشكوك فيها فلا تثبت مع الشك اه أقول بين المذكورين فى التحفة والبدائع فى صورة التساوى تفاوت

(قوله الى الوزن المعتاد) أى معتاد ذلك البلد قال فى المبسوط ان كان فى بلد يتبايعون على دراهم معروفة

(ولو قال على دراهم فهى ثلاثة) بالاتفاق لانها أقل الجمع الصحيح الذى لا خلاف فيه بخلاف المثنى الا أن يبين أكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف الى الوزن المعتاد

قال المصنف لان اللفظ يحتمله مجازا) أقول فيصير كأنه قال لفلان على حنطة الالف

(ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق فی أقل من أحد عشر درهما) لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر (ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق فی أقل من أحد وعشرين) لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره (ولو قال كذا درهما فهو درهم) لانه تفسير للمبهم

بل تخالف لا يخفى (ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق فی أقل من أحد عشر درهما) هذا لفظ القدوری فی مختصره يعنی لو قال له علی كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما ولم يعتبر قوله فی أقل من ذلك قال المصنف فی تعليله (لانه) أی المقر (ذكر عددين مبهمين) أی ذكر لفظين هما كنايتان عن العدد المبهم (ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك) أی أقل ما كان عددين ليس بينهما حرف العطف (من المفسر) أی من العدد المفسر أی المصرح به (أحد عشر) وأكثره تسعة عشر فانه يقال أحد عشر الی تسعة عشر فيلزمه الاقل المتيقن من غير بيان والزيادة تقف علی بيانه (ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق فی أقل من أحد وعشرين) هذا أيضا لفظ القدوری فی مختصره قال المصنف فی تعليله (لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه علی نظيره) يعنی أن لفظ كذا كناية عن العدد والاصل فی استعماله اعتباره بالمفسر أی بالعدد الصريح فماله نظير فی الاعداد المفسرة يحمل علی أقل ما يكون من ذلك النوع لكونه متيقنا فاذا قال له علی كذا كذا درهما فكأنه قال له علی أحد عشر درهما واذا قال له علی كذا وكذا درهما فكأنه قال له علی أحد وعشرون درهما (ولو قال كذا درهما فهو درهم) هذه المسئلة ذكرها المصنف تفريعا علی مسئلة القدوری ولم يذكرها محمد رحمه الله فی الاصل يعنی لو قال له علی كذا درهما فالواجب عليه درهم واحد (لانه) أی لان درهما فی قوله كذا درهما (تفسير للمبهم) أی تمييز للشیء المبهم وهو كذا لانه كناية عن العدد المبهم وأقله المتيقن واحد فيحمل عليه وذكرت هذه المسئلة فی بعض المعتبرات كالذخيرة والمحيط والتتمة وفتاوی قاضيخان علی خلاف ما ذكره المصنف فانه قال فی الذخيرة والمحيط وفی الجامع الاصغر اذا قال لفلان علی كذا درهما فعليه درهمان لان هذا أقل ما يعد لان الواحد لا يعد حتی يكون معه شیء آخر وقال فی التتمة وفی الجامع الاصغر اذا قال كذا دينارا فعليه ديناران لان هذا أقل ما يعد لان الواحد لا يعد حتی يكون معه شیء آخر وقال فی فتاوی قاضيخان لو قال لفلان علی كذا دينارا فعليه ديناران لان كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان انتهی أقول فيما ذكر فی تلك الكتب نظر لان عدم كون الواحد من العدد انما هو فی اصطلاح الحساب وأما فی الوضع واللغة فهو من العدد قطعا وعن هذا تری أئمة اللغة والنحو قاطبة جعلوا أصول العدد اثنتی عشرة كلمة واحد الی عشرة ومائة وألف وقال العلامة الجوهری فی صحاحه الاحد بمعنی الواحد وهو أول العدد انتهی وقال المحقق الرضی فی شرح الكافية لا خلاف عند النحاة فی أن لفظ واحد واثنان من أسماء العدد وعند الحساب ليس الواحد من العدد لان العدد عندهم هو الزائد علی الواحد ومنع بعضهم أن يكون الاثنان من العدد انتهی ولا شك أن كون كذا كناية عن العدد ليس يبنی علی اصطلاح الحساب بل هو أمر جار علی أصل الوضع واللغة فكون أقل العدد اثنين عند الحساب لا يقتضی كون الواجب علی المقر فی المسئلة المذكورة درهمين كما لا يخفی قال صاحب غاية البيان كان ينبغی أن يلزمه فی هذه المسئلة أحد عشر لانه أول العدد الذی يقع مميزه منصوبا واذا كان كذلك ينبغی أن لا يصدق فی درهم والقياس فيه ما قاله فی مختصر الاسرار اذا قال له علی كذا درهما لزمه عشرون لانه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين الی تسعين فيجب الاقل وهو عشرون لانه متيقن انتهی كلامه وقال تاج الشريعة فان قلت ينبغی أن يجب أحد عشر درهما لانه أقل عدد يجیء مميزه منصوبا قلت الاصل براءة الذمة فيثبت الادنی للتيقن انتهی أقول جوابه ليس بتام لان كون الاصل براءة الذمة انما يقتضی كون الثابت أدنی ما يحتمله لفظ المقر

الوزن بينهم ينقص من وزن سبعة صرف الی ذلك لان تعيين وزن سبعة لم يكن بنص فی لفظه وانما كان ذلك بالعرف الظاهر فی معاملات الناس به وذلك يختلف باختلاف البلدان والاوقات ويعتبر فی كل موضع عرف

وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل علی وزن سبعة لكونه معتبرا فی الشرع قال (ولو قال كذا كذا درهما) كذا كناية عن العدد والاصل فی استعماله اعتباره بالمفسر فماله نظير فی الاعداد المفسرة حمل علی أقل ما يكون من ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال له علی درهم واذا قال كذا كذا درهما كان أحد عشر

(ولو

(ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر) لانه لا نظير له سواه (وان ثلث بالواو فمائة وأحد وعشرون وان ربع يزاد عليها ألف) لان ذلك نظيره

دون الادنی مطلقا كما لا يخفی ومعنی السؤال أن أدنی ما يحتمله لفظ المقر فی هذه المسئلة انما هو أحد عشر بدلالة كون المميز منصوبا فينبغی أن يكون الواجب عليه أحد عشر درهما وما ذكر فی الجواب لا يدفعه قطعا ثم أقول الحق فی الجواب أن يقال ان قوله كذا درهما وان كان نظيرا لاحد عشر درهما فی كون المميز منصوبا لكن ليس بنظير له فی نفس ما يميزه المنصوب لان أحد عشر عدد مركب ولفظ كذا ليس بمركب فاذا لم يكن نفس كذا نظيرا لنفس أحد عشر لم يفد الاشتراك فی مجرد كون مميزهما منصوبا وهذا أمر لا سترة به قال فی الاختيار شرح المختار وقيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون انتهی وذكره الامام الزيلعی فی شرح الكنز نقلا عنه وقال صاحب معراج الدراية وما نقله ابن قدامة فی المغنی وصاحب الحلية عن محمد أنه ذكر اذا قال كذا درهما لزمه عشرون عنده لانه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب بخلاف ما ذكر فی الهداية والذخيرة والتتمة وفتاوی قاضيخان كما ذكرنا ولم أجده فی الكتب المشهورة لاصحابنا اه كلامه أقول كأنه لم ير ما ذكره فی مختصر الاسرار وشرح المختار أو لم يعدهما من الكتب المشهورة لاصحابنا أو أراد انه لم يجده منقولا عن محمد فی الكتب المشهورة لاصحابنا ثم ان التعليل المذكور فی المنقول المزبور وهو قوله لانه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب قاصر فی الظاهر لان أقل عدد يفسره الواحد المنصوب انما هو أحد عشر دون عشرين فكان مراده انه أقل عدد غير مركب يفسره الواحد كما صرح به فی غيره وان لم يكن لفظه مساعدا له قال المصنف (ولو ثلث كذا بغير واو) أی لو ذكر لفظة كذا ثلاث مرات بغير واو فقال كذا كذا كذا درهما (فأحد عشر) أی الذی يلزمه أحد عشر درهما لا غير (لانه لا نظير له سواه) أی لا نظير له فی الاعداد الصريحة سوی أحد عشر يعنی سوی ما كان أقله أحد عشر فيحمل الاثنان من تلك الثلاثة علی أحد عشر لكونهما نظيری عددين صريحين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك أحد عشر ويحمل الواحد منهما علی التكرير والتأكيد ضرورة عدم ثلاثة أعداد مجتمعة ذكرت بلا عاطف كذا قالوا (وان ثلث بالواو) بان قال كذا وكذا وكذا (فمائة وأحد وعشرون) أی فالذی يلزمه هذا المقدار (وان ربع) بان قال كذا وكذا وكذا وكذا (يزاد عليها) أی علی مائة وأحد وعشرين (ألف) فيلزمه ألف ومائة وأحد وعشرون (لان ذلك نظيره) أی لان العدد الذی ذكرنا انه يلزم فی صورتی التثليث والتربيع نظير ما ذكره المقر فی تينك الصورتين أی أقل ما كان نظيرا له فحينئذ يكون قوله لان ذلك نظيره تعليلا لمجموع الصورتين كما هو الظاهر من عدم ذكر التعليل فی صورة التثليث وتأخيره الی هنا ويحتمل أن يكون ذلك تعليلا لاقربيه أعنی صورة التربيع ويكون تعليل صورة التثليث متروكا لانفهامه مما ذكره فی غيرها كما يشعر به تحرير صاحب الكافی حيث قال ولو قال كذا وكذا وكذا درهما فمائة وأحد وعشرون لانه أقل ما يعبر عنه بثلاثة أعداد مع العاطف ولو ربع يزاد عليها الالف لان ذا نظيره انتهی قال الامام الزيلعی فی التبيين ولو خمس بالواو ينبغی ان يزاد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة ألف ولو سبع يزاد ألف ألف وعلی هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الی ما لا يتناهی انتهی وقال شيخ الاسلام خواهر زاده فی مبسوطه هذا كله اذا قال بالنصب فأما اذا قال درهم بالخفض بان قال كذا درهم يلزمه مائة درهم وقال هكذا روی عن محمد لانه ذكر عددا مبهما مرة واحدة وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرح يستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض وأقل ذلك مائة درهم وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلاثمائة درهم لانه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض وأقل ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة لان ثلاثا عدد ومائة عدد وليس بينهما حرف العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما انتهی كلامه وقال الامام علاء الدين

أهل ذلك الموضع ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم وذكر فی التتمة وفتاوی القاضی نفر

وان ثلث بغير واو لم يزد علی ذلك لعدم النظير واذا قال كذا وكذا كان أحدا وعشرين وان ثلث بالواو كان مائة وأحدا وعشرين وان ربع يزاد ألف

قال (وان قال له على أو قبلى فقد أقر بالدين) لان على صيغة ايجاب وقبلى ينبئ عن الضمان على ما مر فى الكفالة (ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق) لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رحمه الله وفى نسخ المختصر فى قوله قبلى انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لى قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا

الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد واذا أقر أن لفلان عليه كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا فعليه من كل واحد منهما أحد عشر لانه لو أفرد كل واحد منهما فى الذكر لزمه أحد عشر فكذلك اذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد أحد عشر ولو قال له على كذا كذا دينارا ودرهما كان عليه أحد عشر منهما جميعا وكيف يقسم القياس أن يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير الا أنا نقول لو فعلنا ذلك أدى الى الكسر وليس فى لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير فان قيل هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم قلنا لان الدراهم أقل مالية من الدنانير فصرفناه اليها احتياطا الى ههنا كلامه (قال) أى قال محمد فى الاصل (وان قال له على أو قبلى فقد أقر بالدين) لم يذكر محمد هذه المسئلة فى الجامع الصغير وانما ذكرها فى الاصل أما وجه كونه مقرا بالدين فى قوله له على فما أشار اليه المصنف بقوله (لان على صيغة ايجاب) تقريره أن على كلمة خاصة للاخبار عن الواجب فى الذمة واشتقاقها من العلو وانما يعلوه اذا كان دينا فى ذمته لا يجد بدا من قضائه ليخرج عنه كذا فى النهاية وتقرير آخر ان الدين وان لم يذكر صريحا فى قوله له على فقد ذكر اقتضاء لان كلمة على تستعمل فى الايجاب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت ومحل الايجاب الذمة والثابت فى الذمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين لا العين كذا فى غاية البيان وذكر فى النهاية أيضا نقلا عن الامام المحبوبى وأما وجه كونه مقرا بالدين فى قوله له قبلى فما أشار اليه بقوله (وقبلى ينبئ عن الضمان) لان هذا عبارة عن اللزوم ألا يرى أن الصك الذى هو حجة الدين يسمى قبالة وأن الكفيل يسمى قبيلا لانه ضامن للمال كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط (على ما مر فى الكفالة) من أنه تنعقد الكفالة بقوله أنا قبيل لان القبيل هو الكفيل أقول ههنا نظر وهو أن كون القبيل بمعنى الكفيل وتضمنه معنى الضمان لا يقتضى كون قبلى منبئا عن الضمان لان كلمة قبل غير كلمة القبيل ولم يذكر فى كتب اللغة مجىء الاولى بمعنى الثانية قط بل الذى ذكره أئمة اللغة فى كتبهم هو أن قبل فلان بمعنى عنده وأن قبلا بمعنى مقابلة وعيانا وأنه يجىء قبل بمعنى طاقة فانهم قالوا رأيته قبلا أى مقابلة وعيانا قال الله تعالى أو يأتيهم العذاب قبلا أى عيانا ولى قبل فلان حق أى عنده وما لى به قبل أى طاقة وأما استعمال كلمة قبل فى معنى الضمان فلم يسمع منهم قط والحاصل أن كتب اللغة غير مساعدة لهذه الرواية فى هاتيك المسئلة فتأمل (ولو قال المقر) فى قوله على أو قبلى (هو وديعة ووصل) أى ووصل قوله على أو قبلى بقوله هو وديعة (صدق لان اللفظ يحتمله) أى يحتمل ما قاله (مجازا) أى من حيث المجاز (حيث يكون المضمون عليه حفظه) أى حفظ المودع فان المودع ملتزم حفظ الوديعة (والمال محله) أى محل الحفظ فقد ذكر المحل وهو مال الوديعة وأراد الحال وهو حفظه مجازا كما فى قولهم نهر جار لكنه تغيير عن وضعه (فيصدق موصولا لا مفصولا) لانه صار بيان تغيير وبيان التغيير يقبل موصولا لا مفصولا كما فى الاستثناء (قال) أى المصنف رحمه الله عنه (وفى نسخ المختصر) يعنى مختصر القدورى (فى قوله قبلى) أى وقع فى قول المقر قبلى (انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما) أى ينتظم الدين والامانة (حتى صار قوله) أى قول القائل (لا حق لى قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا) نص عليه محمد رحمه الله فى الاصل حيث قال اذا

الدين لو قال كذا كذا دينارا فعليه ديناران لان كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر لانه لا نظير له سواه لانه لم يجمع بين ثلاثة أعداد ذكر بلا عاطف فلا بد من حمل الواحد على التكرار (قوله وقبلى ينبئ عن الضمان) يقال قبل فلان عن فلان أى ضمن وسمى الكفيل قبيلا لانه ضامن للمال وسمى الصك الذى هو حجة الدين قبالة (قوله ولو قال المقر هو وديعة ووصل) أى فى قوله على وقبلى لان آخر

ولو قال له على أو قبلى فهو اقرار بالدين لان على للايجاب وقبلى ينبئ عن الضمان على ما مر فى الكفالة ولو وصل المقر فيهما بقوله وديعة صدق ويكون مجاز الايجاب حفظ المضمون والمال محله لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا (قال المصنف وفى نسخ المختصر) يعنى مختصر القدورى فى قوله قبلى (انه اقرار بامانة لان اللفظ ينتظمهما) حتى صار قوله لا حق لى قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة أقلهما فيحمل عليها وكان قياس ترتيب وضع المسئلة أن يذكر ما ذكره القدورى ثم يذكر ما ذكر فى الاصل لان الهداية تشرح مسائل الجامع الصغير والقدورى الا أن المذكور فى الاصل هو الاصح فقدمه فى الذكر

(قوله بقوله وديعة) أقول قوله وديعة بالنصب أو الرفع معا (قوله لايجاب حفظ المضمون) أقول أى الذى من شأنه الضمان وهو المال (قوله والمال محله) أقول فيكون من ذكر المحل وارادة الحال والضمير فى قوله محله راجع الى قوله حفظ المضمون

والامانة

ولو قال عندى أو معى أو فى يدى أو فى بيتى أو فى كيسى أو صندوقى فهو اقرار بامانة فى يده لان كل ذلك اقرار بكون الشئ

والامانة أقلهما والاول أصح (ولو قال عندى أو معى أو فى بيتى أو فى كيسى أو فى صندوقى فهو اقرار بامانة فى يده) لان كل ذلك اقرار بكون الشئ فى يده وذلك يتنوع الى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما وهو الامانة

قال لا حق له على فلان برئ فلان مما هو مضمون عليه وان قال لا حق عنده فهو برىء مما أصله الامانة وان قال لا حق لى قبل فلان برئ مما عليه ومما عنده لان ما عنده قبله وما عليه قبله انتهى (والامانة أقلهما) هذا تتمة الدليل يعنى أن الامانة أقل الدين والامانة فيحمل قول المقر عليها لكونها الادنى المتيقن قال المصنف (والاول أصح) أى ما ذكر فى الاصل هو الاصح قال فى الكافى والاول مذكور فى المبسوط وهو الاصح لان استعماله فى الديون أغلب وأكثر فكان العمل عليه أحرى وأجدر وقال فى معراج الدراية والاول وهو أنه اقرار بالدين أصح ذكره فى المبسوط وعلل بان استعماله فى الدين أغلب وأكثر فكان الحمل عليه أولى انتهى أقول لقائل أن يقول ينتقض هذا التعليل بما اذا قال لا حق لى قبل فلان فانه لم يحمل هنالك على الدين خاصة بل جعل ابراء عن الدين والامانة جميعا بالاتفاق مع جريان هذا التعليل هنالك أيضا ثم أقول يمكن دفع ذلك بامكان الفرق بين المسئلتين بان احداهما صورة الاثبات ولما لم يتيسر جمع اثبات الدين واثبات الامانة فى شئ واحد حمل على ما هو الارجح منهما فى هذه الصورة وأما الاخرى فصورة النفى ولما تيسر جمع نفى الدين ونفى الامانة عن شئ حمل على نفيهما معا فى تلك الصورة ويؤيد هذا الفرق ما ذكره المصنف فى باب الوصية للاقارب وغيرهم من كتاب الوصايا حيث قال ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة ثم قال ولنا أن الجهة مختلفة لان أحدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلم ينتظمهما لفظ واحد فى موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفى ولا تنافى فيه انتهى كلامه واعلم أنه كان قياس ترتيب وضع المسئلة أن يذكر أولا ما ذكره القدورى ثم يذكر ما ذكر فى الاصل لان الهداية شرح البداية التى تجمع مسائل الجامع الصغير ومختصر القدورى والزوائد عليهما مذكورة على سبيل التفريع الا أن المصنف لما رأى الكلام المذكور فى الاصل هو الاصح قدمه فى الذكر ولهذا لم يذكر فى البداية غير ما ذكر فى الاصل (ولو قال عندى أو معى أو فى بيتى أو فى كيسى أو فى صندوقى فهو اقرار بامانة فى يده) وهذه كلها من مسائل الاصل قال المصنف فى تعليلها (لان كل ذلك اقرار بكون الشئ فى يده) لا فى ذمته (وذلك) أى ما كان فى يده (يتنوع الى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما) وهو الامانة توضيحه أن هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين ويحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والامانة أدناهما فحمل عليها للتيقن بها وهذا لان كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداهما للمكان معين فيكون من خصائص العين ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه فى هذه الاماكن فاذا كانت من خصائص العين تعينت الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات فى العرف والعادة تستعمل فى الامانات ومطلق الكلام يحمل على العرف كذا فى التبيين فان قلت يشكل هذا بما اذا قال له قبلى مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فانه اقرار بالدين لا بالامانة مع أن الامانة أقلهما قلت تنوع اللفظ الى الضمان والامانة فيما نحن فيه انما نشأ من لفظ واحد وفى تلك المسئلة من لفظين والاصل أن أحد اللفظين اذا كان للامانة والآخر للدين فاذا جمع بينهما فى الاقرار ترجح الدين كذا فى المبسوط قال فى النهاية بعد نقل هذا عن المبسوط وهذا المعنى وهو أن استعارة اللفظ الذى يوجب الدين لما يوجب الامانة ممكن لا على العكس لانه حينئذ يلزم استعارة الادنى للاعلى وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للعتاق وأما فى الاول فكان فيه استعارة الاعلى للادنى وهو صحيح كاستعارة العتق للطلاق والاستعارة انما تصح فى اللفظين لا فى اللفظ الواحد المحتمل للشيئين بل انما ينتظر فيه الى ما هو الاعلى المحتمل والادنى المتيقن فيحمل على

كلامه تفسيرا لاوله وهو يحتمل لما فسره فان قوله على أى حفظها لا عينها لان المضمون على المودع الحفظ والمال محله فقد ذكر المحل وأراد به ما يحله فاحتمله اللفظ مجازا فيصح موصولا لا مفصولا (قوله والاول أصح)

فى يده واليد تتنوع الى أمانة وضمان فيثبت أقلهما وهو الامانة ونوقض بما اذا قال له قبلى مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فانه دين ولم يثبت أقلهما وهو الامانة وأجيب بان ذكر لفظين أحدهما يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واهمالهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل للاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشئ لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولو قال لرجل لى عليك ألف درهم فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها كان اقرارا بالمدعى لان ما خرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور أولا فكأنه أعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه فى الاولين بالكناية ترجع الى المذكور فى الدعوى وكأنه قال اتزن الالف التى لك على كالو أجاب بنعم لكونه غير مستقل

(قوله وحمل الدين على الوديعة الخ) أقول وفيه بحث والاولى أن يقال ان حمل الدين على الوديعة لزم ارتكاب مجازين فان قوله قبلى اقرار بالدين بخلاف العكس فليتأمل (قال المصنف ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنها) أقول الالف مذكر وتأنيث الضمير بتأويل الجملة وفى القاموس الالف من العدد مذكر ولو أنث باعتبار الدراهم بجاز (قوله اذا لم يكن كلاما مستقلا) أقول بان يشتمل على الضمير مثلا

(ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها فهو اقرار) لان الهاء فى الاول والثانى كناية عن المذكور فى الدعوى فكانه قال اتزن الالف التى لك على حتى لو لم يذكر حرف الكناية لايكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون فى حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا

الادنى المتيقن لثبوته يقينا انتهى (ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال أتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها فهو اقرار) هذا كله لفظ القدورى فى مختصره يعنى أن ماذكره المجيب فى هذه الصور كلها يكون اقرارا بالمدعى لان ماخرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور أولا فكانه أعاده بصريح لفظه فلما اقترن كلامه فى الاول والثانى بالكناية رجع الى المذكور فى الدعوى واليه أشار المصنف بقوله (لان الهاء فى الاول والثانى) أى فى قوله اتزنها فى قوله انتقدها (كناية عن المذكور فى الدعوى فكانه قال) فى الاول (أتزن الالف التى لك على) وفى الثانى انتقد الالف التى لك على فصار كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل بنفسه وقد أخرجه مخرج الجواب (حتى لو لم يذكر حرف الكناية) يعنى الهاء (لايكون) كلامه (اقرارا) بالمدعى (لعدم انصرافه) أى لعدم انصراف كلامه (الى المذكور) أى الى المذكور فى الدعوى لكونه مستقلا بنفسه فكانه قال اقعدو زانا للناس أونقادا لهم دراهمهم واكتب المال ولاتؤذنى بالدعوى الباطلة (والتأجيل انما يكون فى حق واجب) هذا اشارة الى تعليل كون قوله أجلنى بها اقرارا يعنى أن التاجيل انما يكون فى حق واجب لانه للترفيه فاقتضى ذلك أن يكون طلب التاجيل اقرارا بحق واجب (والقضاء يتلو الوجوب) أى يتبع الوجوب هذا اشارة الى تعليل كون قوله قد قضيتكها اقرارا يعنى ان القضاء يقتضى سبق الوجوب لانه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه فلما ادعى قضاء الالف صار مقرا بوجوبها (ودعوى الابراء) بان قال أبرأتنى منها (كالقضاء) أى كدعوى القضاء (لما بينا) أشار به الى قوله والقضاء يتلو الوجوب يعنى أن الابراء أيضا يتلو الوجوب لان الابراء اسقاط وهذا انما يكون فى مال واجب عليه كذا فى الكافى أقول ههنا اشكال وهو أنه قد أطبقت كلمة الفقهاء فى كتاب الاقرار على أن قول المدعى عليه بالالف للمدعى قد قضيتكها أو أبرأتنى منها اقرار بوجوب الالف عليه وقالوا فى تعليل هذا ان القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء يتلوه وقد صرحوا فى كتاب الدعوى فى أكثر المعتبرات وفى مسائل شتى من كتاب القضاء فى الهداية والوقاية بان المدعى عليه بالالف لو قال للمدعى ليس لك على شئ قط أو ما كان لك على شئ قط ثم ادعى قضاء تلك الالف للمدعى أو ادعى ابراء المدعى اياه من تلك الالف وأقام بينة على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينته عند أصحابنا سوى زفر وقالوا فى تعليل ذلك ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى و يبرأ منه دفعا للخصومة حتى قال المصنف هنالك ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ثم يقضى

لان استعماله فى الديون أغلب وأكثر فكان الحمل عليه أجدر (قوله لان الهاء فى الاول والثانى كناية عن المذكور) الاصل أنه متى ذكر فى موضع الجواب كلاما لايستقل بنفسه يكون جوابا كما لو قال لى عليك ألف أو قال اقض الالف التى عليك فقال نعم فقد أقر بها لان قوله نعم لايستقل بنفسه فقد أخرجه مخرج الجواب وهو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه فكأنه قال نعم أعطيك الالف التى لك على ومتى ذكر فى موضع الجواب كلاما يستقل بنفسه يجعل مبتدأ فيه لامجيبا الا أن يذكر فيه ماهو كناية عن المال المذكور فحينئذ لابد من أن يحمل على الجواب ولا يلزم على هذا المدعو الى الغداء لو قال والله لا أتغدى ينصرف الى الجواب بدون الكناية فان المعنى الذى يوجب حمله على الجواب فى اليمين يوجب حمله على الابتداء ههنا لانه انما حمل على الجواب فى مسئلة اليمين لانه دخل المدعو فى اليمين بيقين أريد به الجواب أو الابتداء فحمل على الجواب كيلا يلزم وجوب الكفارة بأكل غداء آخر بالشك وهذا المعنى يوجب حمله على الابتداء ههنا كيلا يلزم المال بالشك (قوله ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا) اشارة الى قوله والقضاء

حتى لو لم يذكر حرف الكناية لايكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور لكونه مستقلا فكانه قال اقعدو زانا للناس واكتب المال واترك الدعوى الباطلة أو نقادا وانقد للناس دراهمهم وأما فى قوله أجلنى فلأن التاجيل انما يكون فى حق واجب وأما فى قد قضيتكها فان القضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كدعوى القضاء لانه يتلو الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة يعنى لو قال تصدقت بها على أو وهبتها لى كان اقرارا لانه دعوى التمليك وذلك يقتضى سابقة الوجوب واذا قال له على ألف درهم الى سنة وقال المقر له بل هى حالة فالقول للمقر له لان المقر أقر على نفسه مالا وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق

وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضى سابقة الوجوب وكذا لو قال أحلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال (ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى التاجيل لزمه الدين حالا) لانه أقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا أقر بعبد فى يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة فى الكفالة قال (ويستحلف المقر له على الاجل)

ولم يعتبروا قول زفر هنالك القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء وقد أنكره فيكون مناقضا فكان بين كلاميهم المقررين فى المقامين تدافع لايخفى فتدبر (وكذا دعوى الصدقة والهبة) يعنى لو قال تصدقت بها على أو وهبتها لى كان ذلك أيضا اقرارا منه (لان التمليك يقتضى سابقة الوجوب) يعنى أن الصدقة والهبة من قبيل التمليك فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه وذا لايكون الا بعد وجوب المال فى ذمته كما لايخفى (وكذا لو قال أحلتك بها على فلان) أى كان هذا القول منه أيضا اقرارا (لانه تحويل الدين) من ذمة الى ذمة وذا لايكون بدون الوجوب وكذا لو قال والله لا أقضيكها اليوم أو لا أتزنها لك اليوم لانه نفى القضاء والوزن فى وقت بعينه وذلك لايكون الا بعد وجوب أصل المال عليه فاما اذا لم يكن أصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا أبدا فلا يحتاج الى تاكيد نفى القضاء باليمين لانه فى نفسه منتف كذا فى المبسوط ولو قيل له هل عليك لفلان كذا فاومأ برأسه بنعم لايكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره كذا فى الكافى وغيره (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى التاجيل لزمه الدين حالا) هذا عندنا وقال الشافعى لزمه الدين مؤجلا لانه أقر بمال موصوف بانه مؤجل الى وقت فيلزمه بالوصف الذى أقر به وهذا ليس بشئ لان الاجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال الذى هو حق الدائن ولكنه مؤخر للمطالبة الى مضيه فكان دعواه الاجل كدعواه الابراء كذا ذكر فى باب الاستثناء من المبسوط قال المصنف فى تعليل قول أصحابنا (لانه) أى لان المقر بدين مؤجل (أقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه) أى فى ذلك المال فيصدق فى الاقرار بلا حجة دون الدعوى (فصار) أى فصار المقر فى هذه الصورة (كما اذا أقر) لغيره (بعبد فى يده) أى بعبد كائن فى يد نفسه بانه ملك ذلك الغير (وادعى الاجارة) أى ادعى أنه استاجر هذا العبد من صاحبه فصدقه المقر له فى الملك دون الاجارة فانه لايصدق هنالك فى دعوى الاجارة فكذا ههنا فى دعوى الاجل (بخلاف الاقرار بالدراهم السود) أى بخلاف ما لو أقر بالدراهم السود فصدقه فى المقر له بالدراهم دون وصف السواد حيث يلزمه الدراهم السود دون البيض (لانه) أى لان السواد (صفة فيه) أى فى الدراهم أو فيما أقر به فيلزمه ما أقر به على الصفة التى أقر بها وأما الاجل فليس بصفة فى الديون الواجبة بغير عقد الكفالة كالقروض وثمن البياعات والمهر وقيم المتلفات بل الاجل فيها أمر عارض ولهذا لايثبت بلا شرط والقول لمنكر العارض وقد أشار اليه بقوله (وقد مرت المسئلة فى الكفالة) فانه قال فى فصل الضمان من كتاب الكفالة ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هى حالة فالقول قول المدعى وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هى حالة فالقول قول الضامن وقال وجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى أجل وفى الكفالة ما أقر بالدين فانه لادين عليه فى الصحيح انما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل فى الديون عارض حتى لايثبت الا بالشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما فى الخيار أما الاجل فى الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (ويستحلف المقر له) أى يستحلف المقر له فى مسئلتنا هذه (على الاجل) أى

يتلو الوجوب لان الابراء اسقاط وهو انما يكون فى دين واجب عليه وكذلك دعوى الصدقة والهبة بان قال تصدقت به أو وهبته لى لان هذا دعوى التمليك منه وهو لايكون الا بعد وجوب المال فى ذمته لانهما يردان على الدين الثابت وكذا اذا قال أحلتك به على فلان لان تحويل الدين من ذمة الى ذمة لايكون بدونه (قوله وقد مرت المسئلة فى الكفالة) أى فى باب الضمان منه ببيان الفرق وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا انه لايكثر

كما اذا أقر بعبد فى يده لغيره وادعى الاجارة لايصدق فى دعوى الاجارة بخلاف ما اذا أقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة فى الدراهم فيلزم على الصفة التى أقر بها وقد مرت المسئلة فى الكفالة ويستحلف المقر له على انكار الاجل لانه منكر واليمين على من

لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر (وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع فى تفسير المائة اليه) وهو القياس فى الاول وبه قال الشافعى لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما فى الفصل الثانى وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا تكرار الدرهم فى كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقى على الحقيقة

على انكار الاجل (لانه منكر حقا عليه) فان المقر يدعى عليه التاجيل وهو ينكر ذلك (واليمين على المنكر) بالحديث المشهور قال فى النهاية وفى الذخيرة فى الفصل الاول من كتاب الاقرار ولا يبطل الاقرار بالحلف حتى ان من أقر لرجل ثم أنكر فاستحلفه القاضى فحلف ثم أقام الطالب بينة على اقراره قضى له بالمقر به (وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم) وكذا لو قال مائة ودرهمان أو مائة وثلاثة دراهم ذكره الامام قاضيخان حيث قال فى فتاواه ولو قال له على ألف ودرهم أو على ألف ودرهمان أو ألف وثلاثة دراهم كان الكل دراهم انتهى (ولو قال مائة وثوب) أى ولو قال له على مائة وثوب (لزمه ثوب واحد والمرجع فى تفسير المائة اليه) أى الى المقر قال المصنف (وهو القياس فى الاول) يعنى أن لزوم درهم واحد والرجوع فى تفسير المائة الى المقر هو القياس فى الفصل الاول أيضا وهو قوله له على مائة ودرهم ونظائره (وبه قال الشافعى) أى وبالقياس أخذ الشافعى فى هذا الفصل أيضا (لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها) أى على المائة (بالواو العاطفة لا تفسير لها) لان العطف لم يوضع للبيان بل هو يقتضى المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه (فبقيت المائة على ابهامها كما فى الفصل الثانى) وهو قوله له على مائة وثوب ونحو ذلك فلا بد من المصير الى البيان ولكن علماؤنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين الفصلين وأخذوا بالاستحسان فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما اذا قال له على مائة ودرهم أو مائة ودينار أو مائة وقفيز حنطة أو مائة ومن زعفران قال المصنف (وجه الاستحسان وهو الفرق) بين الفصلين (أنهم) أى أن الناس (استثقلوا تكرار الدرهم فى كل عدد واكتفوا بذكره) أى بذكر الدرهم مرة (عقيب العددين) ألا يرى أنهم يقولون أحد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل (وهذا) أى استثقالهم (فيما يكثر استعماله وذلك) أى كثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك أى كثرة الوجوب بكثرة الاسباب (فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) يعنى فيما يثبت فى الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها فى الذمة فى جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها لعموم البلوى (أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها) فان الثياب لا تثبت فى الذمة دينا الا فى السلم والشاة ونحوها لا يثبت دينا فى الذمة أصلا (فبقى) أى بقى هذا القسم (على الحقيقة) أى على الاصل وهو أن يكون بيان المجمل الى المجمل لا الى المعطوف لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت ههنا أقول فى تقرير وجه الاستحسان على ما ذكره المصنف نظر أما أولا فلأن اكتفاءهم بذكر الدرهم مرة عقيب العددين لا يجدى فيما نحن فيه اذ لم يذكر الدرهم فيه عقيب أحد العددين بل انما ذكره عقيب عدد واحد وهو المائة وأما ثانيا فلأنهم اكتفوا بذكر مثل الثوب أيضا عقيب العددين ألا يرى الى ما سيأتى أنه اذا قال مائة وثلاثة أثواب يكون الكل أثوابا بالانصراف التفسير الى مجموع العددين المبهمين المذكورين قبله ويمكن أن يتمحل فى الجواب بأن يقال مراد المصنف أنهم استثقلوا تكرار المميز فى كل عدد بل اكتفوا بذكره مرة فى بعض الاعداد وما للاختصار ألا يرى أنهم اكتفوا بذلك عقيب العددين على الاطلاق والاطراد وكذلك اكتفوا به فى عدد واحد أيضا فيما يكثر استعماله ودورانه فى الكلام كما نحن فيه نعم

وجوبها فبقى على الحقيقة بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة أثواب لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا

أنكر وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب أو مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع فى تفسير المائة اليه لانه هو المجمل وهو القياس فى الدرهم أيضا وبه قال الشافعى لان المائة مبهمة والمبهم يحتاج الى التفسير ولا تفسير له ههنا لان الدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على ابهامها كما فى الفصل الثانى وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين أنهم استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين والاستثقال فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك فيما يثبت فى الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها فى الذمة فى جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت فى الذمة دينا الا سلما والشاة لا تثبت دينا فى

(قوله لاقتضائه المغايرة) أقول أى لاقتضاء العطف المغايرة بخلاف التفسير فانه يقتضى الاتحاد (قوله واكتفوا بذكره عقيب العددين الخ) أقول

(وكذا اذا قال مائة وثوبان) لما بينا (بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة أثواب) لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما فى الحاجة الى التفسير فكانت كلها ثيابا قال (ومن أقر بتمر فى قوصرة لزمه التمر والقوصرة) وفسره فى الاصل بقوله غصبت تمرا فى قوصرة ووجهه أن القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشئ وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام فى السفينة والحنطة فى الجوالق

الاولى ههنا أن يطرح من البين حديث الذكر عقيب العددين ويقرر وجه الاستحسان على طرز ما ذكر فى الكافى وغيره وهو أن قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدرهم ونحوه واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وذا عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه ودورانه فى الكلام وذا فيما يثبت فى الذمة كالاثمان والمكيل والموزون بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها وثبوتها فى الذمة فبقيت على الاصل قال فى النهاية وروى ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله فى قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذلك فى قوله مائة وشاة ووجهه أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانها لا تقسم قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة يتحقق فى أعدادها المجانسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم انتهى ويوافقه ما ذكره الامام قاضيخان فى فتاواه حيث قال رجل قال لفلان على ألف وعبد عن أبى يوسف رحمه الله أنه قال يقر فى الاول بما شاء ولو قال ألف وشاة أو ألف وبعير أو ألف وثوب أو ألف وفرس فهى ثياب وأغنام وأبعرة ولا يشبه هذا بنى آدم لان بنى آدم لا يقسم الى هنا كلامه وقال الامام الزيلعى فى التبيين بعد نقل ذلك عن النهاية وهذا ليس بظاهر فان عندهما يقسم العبيد كالغنم وانما لا يقسمون عند أبى حنيفة رحمه الله اهـ فتأمل قال المصنف (وكذا اذا قال مائة وثوبان) أى يرجع فى بيان المائة الى المقر (لما بينا) من أن الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها (بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة أثواب) حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق (لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف) حتى يدل على المغايرة (فانصرف اليهما) أى فانصرف التفسير المذكور الى العددين جميعا (لاستوائهما فى الحاجة الى التفسير فكان كلها) أى كل الآحاد المندرجة تحت ذينك العددين (ثيابا) لا يقال الاثواب جمع لا يصلح مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صارا كعدد واحد كذا فى الكافى والشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بتمر فى قوصرة لزمه التمر والقوصرة) القوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب وقولهم انما تسمى بذلك ما دام فيها التمر والا فهى زنبيل مبنى على عرفهم كذا فى المغرب قال صاحب الجمهرة أما القوصرة فاحسبها دخيلا وقد روى

أفلح من كانت له قوصره * يأكل منها كل يوم مره

ثم قال ولا أدرى ما صحة هذا البيت كذا فى غاية البيان قال المصنف (وفسره فى الاصل) أى فسر الاقرار بتمر فى قوصرة فى الاصل وهو المبسوط (بقوله) أى بقول المقر (غصبت تمرا فى قوصرة ووجهه) أى وجه جواب هذه المسئلة وهو لزوم التمر والقوصرة جميعا (أن القوصرة وعاء له) أى للتمر (وظرف له) أى للتمر (وغصب الشئ وهو مظروف) أى والحال أنه مظروف (لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه) أى فيلزم التمر والقوصرة المقر (وكذا الطعام فى السفينة) أى وكذا الحكم فيما اذا قال غصبت الطعام فى السفينة (والحنطة فى الجوالق) أى

فانصرف اليهما لا يقال الاثواب لا تصلح مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد القوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر تتخذ من قصب قولهم انما تسمى بذلك ما دام فيها التمر والا فهى زنبيل مبنى على عرفهم كذا فى المغرب والاصل فى جنس هذه المسائل ان كان الثانى ظرفا للاول ووعاء له لزماه نحو ثوب فى منديل وطعام فى سفينة وحنطة فى جوالق وان كان الثانى مما لا يكون ظرفا للاول نحو قوله غصبتك درهما فى درهم لم يلزمه الثانى لانه غير صالح ان يكون ظرفا لما أقر بغصبه أولا فلغا آخر كلامه وان كان الثانى مما يحتمل ان يكون ظرفا وأن لا يكون ظرفا يحمل على الظرف عند محمد رحمه الله لانه حقيقة للظرف ومتى أمكن

الذمة أصلا فلم يكثر بكثرتها فبقى على الحقيقة أى على الاصل وهو أن يكون بيان المجمل الى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع فى بيان المائة الى المقر لما بينا أن الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة أثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف اليهما جميعا لاستوائهما فى الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب جمع لا يصلح تمييز المائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحدا قال (ومن أقر بتمر فى قوصرة الخ) الاصل فى جنس هذه المسائل ان من أقر بشيئين أحدهما ظرف للآخر فاما أن يذكرهما بكلمة فى أو بكلمة

لا يخفى عليك أن الاكتفاء عقيب العددين لا يختص بما ثبت دينا فى الذمة فى جميع المعاملات بل يعم لمثل الثوب والشاة وغيرهما ثم ما نحن فيه لم يذكر فيه عددان فلا يناسب هذا الكلام ظاهرا (قال المصنف ووجهه أن القوصرة الخ) أقول بخلاف

بخلاف ماإذاقال غصبت تمرامن قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال (ومن أقر بدابة فى اصطبل لزمه الدابة خاصة) لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام فى البيت

وفيما إذاقال غصبت الحنطة فى الجوالق والجوالق بالفتح جمع جوالق بالضم والجواليق بزيادة الياء تسامح كذافى المغرب والاصل فى جنس هذه المسائل أن ما كان الثانى ظرفا للاول ووعاءله لزماه نحو ثوب فى منديل وطعام فى سفينة وحنطة فى جوالق وما كان الثانى ممالايكون وعاء للاول نحو قولك غصبت درهما فى درهم لم يلزم الثانى لانه غير صالح لان يكون ظرفا لما أقر بغصبه أولا فلغا آخر كلامه كذافى المبسوط وذكر فى الشروح أقول يرد على هذا الاصل النقض بما إذا أقر بدابة فى اصطبل فان اللازم على المقر هنالك هو الدابة خاصة عند أبى حنيفة وأبى يوسف كما سيأتى مع أنه لاريب فى أن الثانى فيه صالح لان يكون ظرفا للاول ويمكن أن يقال ان ذلك من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع فى الاحكام الكلية غير لازم كما صرحوا به فى مواضع منها أول كتاب الوكالة (بخلاف ماإذاقال غصبت تمرامن قوصرة) يعنى أن الحكم المذكور فى كلمة فى وأما الحكم فى كلمة من فبخلافه (لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع) يعنى أن كلمة من لابتداء الغاية فيكون اقرارا بان مبدأ الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع كذافى الكفاية ومعراج الدراية أخذا من الكافى وقال فى النهاية لان كلمة من للتبعيض فانما يفهم منه الانتزاع انتهى وقال فى غاية البيان ووجهه أن كلمة من يستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازمهما الا أن معناه أن من موضوعة للانتزاع انتهى أقول الحق فى توجيه كلام المصنف ههنا ماذهب اليه الفرقة الاولى لاماذهب اليه الفرقة الاخرى لان كلمة من فى قول القائل غصبت تمرامن قوصرة لاتحتمل معنى التبعيض اذ لايصح أن يكون التمر بعض القوصرة فكيف يفهم الانتزاع من التبعيض فى ذلك القول وأما انفهام الانتزاع من التبعيض عند استعمال كلمة من فى معنى التبعيض فى موضع آخر فلايجدى شيئا ههنا كما لايخفى على ذى فطرة سليمة بخلاف معنى الابتداء فان كلمة من فى ذلك القول تحتمل الابتداء قطعا فيتم التقريب جدا وأما الحكم فى كلمة على نحو أن يقول غصبت اكافا على حمار فكان اقرارا بغصب الاكاف خاصة والجار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه وغصب الشئ من محل لايكون مقتضيا غصب المحل كذافى المبسوط وذكر فى كثير من الشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بدابة فى اصطبل لزمه الدابة خاصة) انما قال لزمه الدابة خاصة ولم يقل كان اقرارا بالدابة خاصة لما أن هذا الكلام اقرار بهما جميعا الا أن اللزوم على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فى الدابة خاصة واليه أشار المصنف بقوله (لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف) لان الغصب الموجب للضمان لايكون الا بالنقل والتحويل عندهما والاصطبل ممالاينقل ولايحول فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما (وعلى قياس قول محمد يضمنهما) أى يضمن الدابة والاصطبل لان محمدا رحمه الله يرى غصب العقار فيدخلان فى الضمان عنده كما يدخلان فى الاقرار (ومثله الطعام فى البيت) أى ومثل الاقرار بالدابة فى الاصطبل الاقرار بالطعام فى البيت قال فى المبسوط ولو قال غصبت منك طعامافى بيت كان هذا بمنزلة قوله طعامافى سفينة لان البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون اقرارا بغصب البيت والطعام الا أن الطعام يدخل فى ضمانه بالغصب والبيت لايدخل فى ضمانه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لانه ممالاينقل ولايحول والغصب الموجب للضمان لايكون الا بالنقل والتحويل

حمله على الحقيقة يحمل عليها كما فى قوله غصبت ثوبا فى عشرة أثواب فانه يلزمه عند محمد رحمه الله أحد عشر ثوبا لان العشرة قد تكون وعاء للثوب الواحد لانه قد يصان الثوب النفيس فى عشرة أثواب فصار كقوله حنطة فى جوالق وعند أبى يوسف رحمه الله وهو قول أبى حنيفة رحمه الله لم يلزمه الا ثوب واحد لان الثوب الواحد لايصان فى عشرة أثواب عادة فصار بيانا لان محل المغصوب عشرة أثواب هذا فى كلمة فى وأما الحكم فى كلمة من فا

من فان كان الاول كقوله غصبت من فلان تمرا فى قوصرة وهى بالتخفيف والتشديد وعاء التمر أو ثوبا فى منديل أو طعاما فى سفينة أو حنطة فى جوالق لزماه لان غصب الشئ وهو مظروف لايتحقق بدون الظرف وان كان الثانى كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من منديل وطعاما من سفينة لم يلزم الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن أقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما فى درهم لم يلزمه الثانى لان الثانى لمالم يصلح ظرفا للاول لغا آخر كلامه ومن أقر بغصب دابة فى اصطبل لزمه الدابة خاصة يعنى أن الاقرار اقرار بهما جميعا لكن لايلزمه الاضمان الدابة خاصة عند أبى حنيفة

قوله على درهم فى قفيز حنطة فانه يلزم الدرهم والقفيز باطل لانه أقر بدرهم فى الذمة وما فى الذمة لايتصور أن يكون مظروفا فى شئ آخر ووجه التفسير بماذكره يعلم من هذا فليتأمل والمسألة مذكورة فى غاية البيان فى شرح قوله له على خمسة فى خمسة (قوله ومن أقر بشيئين لم يكن كذلك) أقول أى أحدهما ظرفا والآخر مظروفا

قال

قال (ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) لان اسم الخاتم يشمل الكل (ومن أقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل) لان الاسم ينطوى على الكل (ومن أقر بحجلة فله العيدان والكسوة) لانطلاق الاسم على الكل عرفا (وان قال غصبت ثوبا فى منديل لزماه جميعا) لانه ظرف لان الثوب يلف فيه (وكذا لو قال على ثوب فى ثوب) لانه ظرف بخلاف قوله درهم فى درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لاظرف (وان قال ثوب فى عشرة أثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند أبى يوسف وقال محمد لزمه أحد عشر ثوبا) لان النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب فامكن حمله على الظرف ولابى يوسف ان حرف فى يستعمل فى البين والوسط أيضا قال الله

وان قال لم أحول الطعام من موضعه لم يصدق فى ذلك لانه أقر بغصب تام وفى الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو فى قوله لم أنقله راجعا عما أقر به فلم يصدق فكان ضامنا للطعام وفى قول محمد هو ضامن للبيت أيضا الى هنا لفظ المبسوط (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) قال المصنف فى تعليله (لان اسم الخاتم يشمل الكل) أى يتناول الحلقة والفص جميعا ولهذا يدخل الفص فى بيع الخاتم من غير تسمية فاذا تناولهما اسم الخاتم لزماه جميعا بالاقرار بالخاتم (وان أقر له) أى لغيره (بسيف فله النصل) وهو حديدة السيف (والجفن) وهو الغمد (والحمائل) جمع حمالة بكسر الحاء وهى علاقة السيف (لان الاسم) يعنى اسم السيف (ينطوى) أى يشتمل (على الكل) عرفا فله الكل (ومن أقر بحجلة) الحجلة بفتحتين واحدة حجال العروس وهى بيت يزين بالثياب والاسرة والستور كذافى الصحاح (فله) أى فللمقر له (العيدان) برفع النون جمع عود وهو الخشب كالديدان جمع دود (والكسوة) أى وله الكسوة أيضا (لانطلاق الاسم) أى اسم الحجلة (على الكل عرفا) فله الكل وكذا لو أقر بدار أو أرض لرجل دخل البناء والاشجار اذا كانا فيهما حتى ان المقر لو أقام بينة بعد ذلك على أن البناء والاشجار له لم يصدق ولم تقبل بينته وكذا لو أقام المقر بالخاتم بينة على ان الفص له لم تقبل بينته وأما اذا قال هذا الخاتم لى وفصه لك أو هذا السيف لى وحليته لك أو هذه الجبة لى وبطانتها لك وقال المقر له الكل لى فالقول للمقر فبعد ذلك ينظر ان لم يكن فى نزع المقر به ضرر للمقر يؤمر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان فى النزع ضرر فواجب على المقر أن يعطيه قيمة ما أقر به كذافى الذخيرة (وان قال غصبت ثوبا فى منديل لزماه جميعا لانه) أى المنديل (ظرف) للثوب (لان الثوب يلف فيه) وقدمر أن غصب الشئ وهو مظروف لايتحقق بدون الظرف (وكذا) أى وكذا الحكم (لو قال على ثوب فى ثوب) لزماه (لانه ظرف) أى لان الثوب الثانى ظرف للثوب الاول فيلزمه الثوبان جميعا (بخلاف قوله درهم فى درهم) أى بخلاف مالو قال على درهم فى درهم (حيث يلزمه واحد) أى درهم واحد (لانه) أى لان قوله فى درهم (ضرب) أى ضرب حساب (لاظرف) كما لايخفى (وان قال ثوب فى عشرة أثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند أبى يوسف) وفى الكافى وهو قول أبى حنيفة وفى التبيين وهو قول أبى حنيفة أولا (وقال محمد يلزمه أحد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب فامكن حمله على الظرف) يعنى أن كلمة فى حقيقة فى الظرف وقد أمكن العمل بالحقيقة ههنا لان الثوب الواحد قد يلف لعزته ونفاسته فى عشرة أثواب فلا يصار الى المجاز قيل هو منقوض على أصله فانه لو قال غصبته كرباسا فى عشرة أثواب حرير يلزمه الكل عند محمد فى هذه الصورة أيضا مع أن عشرة أثواب حرير لاتجعل وعاء للكرباس عادة كذافى الشروح قال فى النهاية واليه أشار فى المبسوط (ولابى يوسف أن حرف فى يستعمل فى البين والوسط أيضا قال الله

ذكره فى الكتاب وهو أن يكون اقرارا بالغصب فى الاول خاصة لان كلمة من لابتداء الغاية فيكون اقرارا بان مبدأ الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع وأما الحكم فى كلمة على نحو أن يقول غصبت اكافا على حماره فكان اقرارا الغصب الاكاف خاصة والجار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه وغصب الشئ من محل لايكون مقتضيا غصب المحل النصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهى علاقة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة جمع سرير (قوله ان حرف فى يستعمل للبين والوسط)

وأبى يوسف وكذا اذا قال غصبت منه طعامافى بيت لان الدابة والطعام يدخلان فى ضمانه بالغصب والاصطبل والبيت لايدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان لايكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد يدخلان فى ضمانه دخولهما فى الاقرار لانه يرى بغصب العقار والنصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهى علاقة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة والعيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب وبقية كلامه يعلم من الاصل المذكور (قوله لان النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب) قيل هو منقوض على أصله بان قال غصبت كرباسافى

(قوله قيل هو منقوض على أصله) أقول اطلاق النقض ليس بموافق للاصطلاح فان اللازم قصور الدليل عن المدعى

تعالى فادخلي في عبادي أي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) لان الضرب لا يكثر المال

تعالى فادخلي في عبادي أي بين عبادي فوقع الشك) في أن المراد بحرف في ههنا معنى الظرف أو معنى البين وبالشك لا يثبت ما زاد على الواحد (والاصل براءة الذمم) لانها خلقت بريئة عن الحقوق فلا يجوز شغلها الا بحجة قوية ولم توجد فيما زاد على الواحد فلم يلزمه الا ثوب واحد (على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء) يعني ان مجموع العشرة ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما حواه فانه اذا لف ثوب في أثواب يكون كل ثوب موعى في حق ما وراءه ولا يكون وعاء الا الثوب الذي هو ظاهر فانه وعاء وليس بموعى فلفظة كل ههنا لمجرد التكثير لا للاستغراق كما قالوا في نظائرها فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد لم يمكن حمل كلمة في على الظرف في قوله ثوب في عشرة أثواب (فتعين الاول) أي المعنى الاول الذي هو البين (محملا) بكلمة في في قوله المزبور فكأنه قال على ثوب بين عشرة أثواب ولم يلزمه بهذا المعنى الا ثوب واحد قال كثير من الشراح في حل هذا المقام فاذا لم يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وزاد على هذا من بينهم صاحب العناية أن قال وتعين أول كلامه محملا يعني أن يكون في بمعنى البين انتهى أقول هذا الشرح منهم لا يطابق المشروح اذ لا يساعده كلام المصنف جعل آخر كلام المقر لغوا فان قوله فتعين الاول محملا يدل على أن لآخر كلام المقر وهو قوله في عشرة أثواب محملا متعينا وهو معنى البين المذكور أولا فاذا تيسر لآخر كلامه بل تعين له محمل صحيح من المعاني المستعملة فيها كلمة في لم يصح جعل ذلك لغوا من الكلام اذ يجب صيانة كلام العاقل عن اللغو مهما أمكن ثم من العجائب ما زاده صاحب العناية فان قوله وتعين أول كلامه محملا بعد قوله كان آخر كلامه لغوا يدل على أنه حمل على الاول في قول المصنف فتعين الاول محملا على أول كلام المقر وهذا مع كونه مما يأبى عنه جدا قيد محملا ينافيه تفسيره بقوله يعني أن يكون في معنى البين لان الكون في بمعنى البين انما يتصور في آخر كلام المقر وهو قوله في عشرة أثواب دون أول كلامه وهو قوله على ثوب اذ لا مساس له بمعنى البين أصلا واعلم أن الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري قد اشتبه علي في هذه المسائل كلها أن المراد من هذه المسائل كلها أن المظروف معين مشار اليه أم يستوي المعين والمنكر في ذلك الى أن ظفرت بالرواية بحمد الله تعالى ومنه أنه يستوي فيه المعرف والمنكر ويرجع في بيان المنكر اليه وهو ما قاله في المحيط ولو قال غصبتك ثوبا في منديل فهو اقرار بغصب الثوب والمنديل ويرجع في البيان اليه ولو قال درهما في درهم أو درهما في طعام لم يلزمه الا درهم والاصل في هذه المسائل أن في متى دخلت على ما يصلح ظرفا ويجعل ظرفا عادة اقتضى غصبهما والا فغصب الاول دون غيره الى هنا كلامه (ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لان الضرب لا يكثر المال) يعني أن أثر الضرب في تكثير الاجزاء لازالة الكسر لا في تكثير المال وخمسة دراهم وزنا وان جعل ألف جزء لا يزاد فيه وزن قيراط على أن حساب الضرب في الممسوحات لا في الموزونات كذا قالوا ولان حرف في للظرف حقيقة والدراهم لا تكون ظرفا للدراهم واستعماله في غير الظرف مجاز والمجاز قد يكون بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي أي مع عبادي وقد يكون بمعنى على كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل أي على جذوع النخل وليس أحدهما أولى من

فان قيل لم يأت استعماله في الآية للبين والوسط بل لمع أي مع عبادي قلنا لما تردد بين المحلين وباعتبار حمله على البين والوسط لم يجب الزائد على الواحد فلا يجب الزائد بالشك على ان حرف في قد يكون بمعنى على أيضا كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل أي على جذوع النخل وحمله على هذا المعنى لا يوجب أيضا والذمة في الاصل بريئة فلا يجوز شغلها بالشك (قوله على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء) يعني ان العشرة لا تكون وعاء

عشرة أثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع أن عشرة أثواب حرير لا يجعل وعاء للمكر باس عادة (قوله على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء) معناه ان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما حواه والوعاء الذي هو ليس بموعى هو ما كان ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين أول كلامه محملا يعني أن يكون في بمعنى البين (قوله لان الضرب لا يكثر المال) معناه أن أثر الضرب في تكثير الاجزاء لازالة الكسر لا في زيادة المال وخمسة دراهم وزنا وان جعلته ألف جزء لم يزد فيه وزن قيراط وباقي كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق

(قال المصنف فوقع الشك) أقول لتعارض الحقيقة لكلمة في والعادة فان الثوب الواحد لا يصان في عشرة أثواب عادة (قال المصنف على أن كل ثوب موعى الخ) أقول لفظة كل ههنا للتكثير

وقا

وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة) لان اللفظ يحتمله (ولو قال له على من درهم الى عشرة أو قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها) فتدخل الغايتان وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان

الآخر فلزمه خمسة باول كلامه والغا آخره كذا في المبسوط وغيره (وقال الحسن) يعني الحسن بن زياد صاحب أبي حنيفة (يلزمه خمسة وعشرون) لانه الحاصل من ضرب خمسة في خمسة عند أهل الحساب وقدمر جوابه آنفا قال المصنف (وقد ذكرناه في الطلاق) أي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق ولم يذكر المصنف هذه المسئلة ثمة صريحا بل فهم من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب فعندنا يقع ثنتان وعنده يقع ثلاث وانما ذكر مسئلة الاقرار صريحا في كتاب الطلاق في شروح الجامع الصغير كذا في غاية البيان (ولو قال أردت خمسة مع خمسة) أي لو قال المقر أردت بقولي خمسة في خمسة خمسة مع خمسة (لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله) قال الله تعالى فادخلي في عبادي قيل مع عبادي كذا في الكافي ولو قال عنيت خمسة وخمسة لزمه عشرة أيضا لانه استعمل في بمعنى واو العطف كذا في المبسوط وقد ذكر المصنف في باب ايقاع الطلاق أنه لو نوى بقوله واحدة في ثنتين واحدة وثنتين فهي ثلاث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث لان في يأتي بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني الى هنا لفظه قال صاحب النهاية ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط أنه لو أراد بفي معنى على ما حكمه عند علمائنا وذكر في الذخيرة أن حكمه أيضا كحكم في حتى لو قال لفلان على عشرة في عشرة ثم قال عنيت به على عشرة أو قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا اه (ولو قال له على من درهم الى عشرة أو قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان) أي الابتداء والانتهاء (وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان) قال في النهاية والقياس ما قاله زفر فانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا ولا يدخل الحد في المحدود كمن قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الاقرار فكذلك ههنا لا يدخل الحدان وأبو يوسف ومحمد قالا هو كذلك في حد قائم بنفسه كما في المحسوسات فاما فيما ليس بقائم بنفسه فلا لانه انما يتحقق كونه حدا اذا كان واجبا فاما ما ليس بواجب فلا يتصور أن يكون حدا لما هو واجب وأبو حنيفة يقول الاصل ما قاله زفر من أن الحد غير المحدود وما لا يقوم بنفسه حده ذكرا وان لم يكن واجبا الا أن الغاية الاولى لا بد من ادخالها لان الدرهم الثاني والثالث واجب ولا يتحقق الثاني بدون الاول ولان الكلام يستدعي ابتداء فاذا أخرجنا الاول من أن يكون واجبا صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو من أن يكون واجبا ثم الثالث والرابع وهكذا بعده فلاجل هذه الضرورة أدخلنا فيه الغاية الاولى ولا ضرورة في ادخال الغاية الثانية فاخذنا فيها بالقياس انتهى والحاصل ان ما قاله أبو حنيفة في الغاية الاولى استحسان وفي الغاية الثانية قياس وما قالاه في الغايتين استحسان

معنى لان الوعاء غير الموعى والثوب اذا لف في ثياب وكل ثوب يكون موعى في حق ما وراءه فلا يكون وعاء الا الثوب الذي هو ظاهر فاذا كان لا يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وأما قوله لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فهو منقوض على أصله فانه لو قال غصبت كرباسا في عشرة أثواب حرير عند محمد رحمه الله يلزمه الكل في هذه الصورة أيضا مع ان عشر حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة ولو قال له على من درهم الى عشرة أو قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة المسئلة مع اختلافاتها ودلائلها مرت في الطلاق ولو قال له على ما بين كر شعير الى كر حنطة فعليه في قول أبي حنيفة رحمه الله كر شعير وكر حنطة الا قفيز حنطة لان القفيز الآخر من الحنطة هو الغاية الثانية وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يلزمه الكران ولو قال له على ما بين عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعند أبي حنيفة رحمه الله تلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما

(فصل) لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها فى فصل على حدة وألحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط والله اعلم قال (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم الخ) ومن أقر لحمل فاما أن يبين سببا أولا فان بين فاما أن يكون سببا صالحا أولا فان كان صالحا مثل أن يقول أوصى له فلان أومات أبوه فورثه فالاقرار صحيح لانه بين سببا لو عايناه حكمنا به فكذلك باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلابد من وجود المقر له عند الاقرار فان جاءت به لمدة يعلم فيها أنه كان قائما أى موجودا وقت الاقرار بان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار لزمه وان جاءت به لاكثر الى سنتين وهى معتدة فكذلك وأما اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر وهى غير معتدة لم يلزمه

(فصل) (قال المصنف ومن قال لحمل فلانة الخ) أقول قال الاتقانى لو أوصى لدابة رجل أن تعلف بعد موته جازت الوصية لانها وصية لصاحب الدابة لان الدابة لا تصلح مستحقة فيصير ذكرها لتعيين المصرف انتهى وفى المحيط فى باب اقرار الصبى والمعتوه والسكران والاخرس والاقرار لهم لو قال لدابة فلان على ألف درهم أو أوصى لها بالعلف واستهلكته يصح و يكون لصاحبها انتهى (قوله وألحق بها مسئلة الخيار اتباعا لما فى المبسوط) أقول أى فى ايراد مسئلة الخيار عقيب مسائل الحمل وان خالف المبسوط حيث أوردهما فى فصل واحد وفى المبسوط عقد لكل منهما بابا على حدة فعنون مسائل الحمل بقوله باب الاقرار لما فى البطن ومسائل الخيار بقوله باب الخيار (قوله من وقت الاقرار لزمه) أقول الصواب فان أن يقول من وقت موت الموصى والمورث كما قاله العلامة النسفى فى الكافى حيث قال قال فى المبسوط وهذا اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من حين مات الموصى والمورث حتى علم أنه كان موجودا فى ذلك الوقت وان وضعته لاكثر من ستة أشهر لم يستحق شيئا الا أن تكون المرأة معتدة فحينئذ اذا جاءت بالولد لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده فى البطن حين مات الموصى والمورث انتهى وذلك هو الموافق أيضا لما سيجىء فى كتاب الوصايا فراجعه

(ولو قال له من دارى مابين هذا الحائط الى هذا الحائط فله مابينهما وليس له من الحائطين شئ) وقد مرت الدلائل فى الطلاق

(فصل) (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم فان قال أوصى له فلان أومات أبوه فورثه فالاقرار صحيح) لانه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له (ثم اذا جاءت به فى مدة يعلم أنه كان قائما وقت الاقرار لزمه

وماقاله زفر فيهما قياس كذا فى مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده (ولو قال له من دارى مابين هذا الحائط الى هذا الحائط فله) أى للمقر له (مابينهما) أى مابين الحائطين (وليس له من الحائطين شئ) أى لا تدخل الغايتان فى هذه الصورة بالاتفاق قال المصنف (وقد مرت الدلائل) أى دلائل هذه المسائل (فى الطلاق) أى فى باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه

(فصل) لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة ومعنى ذكرها فى فصل على حدة وألحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط كذا فى الشروح (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم) فهو لا يخلو عن ثلاثة أوجه لانه اما أن يبين سببا أو لا يبين ذلك فان بين سببا فاما أن يكون ذلك السبب صالحا أو غير صالح فان كان صالحا وهو الذى ذكره بقوله (فان قال أوصى بها) أى بالالف (له) أى للحمل وهو الجنين (فلان أو) قال (مات أبوه) أى أبو الحمل (فورثه) أى ورث الحمل الالف أنث ضمير الالف أولا باعتبار الدراهم وذكره ثانيا لكون الالف مذكرا فى الاصل قال فى القاموس الالف من العدد مذكر ولو أنث باعتبار الدراهم جاز انتهى (فالاقرار) فى هذا الوجه (صحيح لانه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له) أى للحمل يعنى أنه بين سببا صالحا لثبوت الملك للحمل فلو عايناه حكمنا بوجوب المال عليه فكذلك اذا ثبت باقراره وهذا لان الاقرار صدر من أهله مضافا الى محله ولم يتيقن بكذبه فيما أقر به فكان صحيحا كما لو أقر به بعد الانفصال لان الجنين أهل لان يستحق المال بالارث أو الوصية (ثم اذا) وجد السبب فلابد من وجود المقر له عنده فان (جاءت) أى فلانة (به) أى بالولد (فى مدة يعلم بها أنه) أى الولد (كان قائما) أى موجودا (وقت الاقرار لزمه) أى لزم المقر ما أقر به والعلم بان الولد كان موجودا وقت الاقرار بطريقين أحدهما حقيقى والآخر حكمى فالحقيقى ما اذا وضعته لاقل من ستة أشهر والحكمى ما اذا وضعته لاكثر من ستة أشهر الى سنتين وكانت المرأة معتدة اذ حينئذ يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده فى البطن وأما اذا لم تكن معتدة و جاءت به لاكثر من ستة أشهر فلم يستحق شيا كذا قالوا ثم ان الشراح افترقوا ههنا فى تعيين أول مدة يعلم بها أن الولد كان موجودا وقتئذ فنهم من

يلزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير وقوله من كذا الى كذا بمنزلة قوله مابين كذا فى جميع ماذكرنا والله أعلم
(فصل) (قوله ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم الى آخرها) صورة المسئلة أن يقول لما فى بطن فلانة على ألف درهم ورثها من أبيه فاستهلكتها أو كان ذلك دينا لابيه مات وانتقل اليه أو وصية له من غيره فاستهلكتها أو كان دينا على فاوصى له بذلك ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ففى الوصية يقسم بينهما نصفين وفى الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين (قوله ثم اذا جاءت به فى مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه) بان وضعته لاقل من ستة أشهر منذ مات المورث والموصى وان وضعته لاكثر من ستة أشهر لم يستحق

فان جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته) لانه اقرار فى الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما

ذهب الى أنه من وقت الاقرار حيث قال بان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار كما قال صدر الشريعة أيضا فى شرح الوقاية ومنهم من ذهب الى أنه من وقت موت الموصى أو المورث حيث قال بان وضعته لاقل من ستة أشهر منذ مات المورث والموصى كما قاله صاحب الكافى وذكر فى المبسوط أيضا أقول القول الاول وان كان أوفق بالمشروح فى الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد قائما وقت الاقرار الا أن القول الثانى هو الموافق للتحقيق وهو أن الاقرار اخبار عن ثبوت الحق لا انشاء الحق ابتداء كما تقرر فى صدر كتاب الاقرار فان مقتضى ذلك أن يتقرر وجود المقر له عند تحقق سبب الملك لا عند مجرد الاقرار وسبب الملك فيما نحن فيه انما يتحقق وقت موت الموصى أو المورث فلابد أن يعتبر أول مدة يعلم بها وجود الحمل من وقت موت الموصى أو المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب الملك فانه اذا جاءت بالولد فى مدة هى أقل من ستة أشهر من وقت الاقرار وأكثر من سنتين من وقت موت الموصى أو المورث أو أكثر من ستة أشهر الى سنتين من وقت موت الموصى أو المورث فى غير المعتدة فالظاهر أنه لا يلزم المقر للحمل شئ اما اذا جاءت به لاكثر من سنتين من وقت موت الموصى أو المورث فلانه يتعين حينئذ أن الجنين لم يكن موجودا عند تحقق سبب الملك فلم يكن أهلا لاستحقاق المال ولا يفيد كونه موجودا عند مجرد الاقرار لان الاقرار اخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق لا انشاء الملك فى الحال وأما اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر الى سنتين من وقت موت الموصى أو المورث فى غير المعتدة فلانه لا يتعين حينئذ كون الجنين موجودا عند تحقق سبب الملك بل يبقى على مجرد الاحتمال ولا يثبت الحكم بالشك فلا يلزم المقر له شئ وان كان موجودا وقت الاقرار كما اذا بين سببا غير صالح على ما سيأتى لكن بقى ههنا شئ على القول الثانى أيضا وهو أنه اذا حصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكمى لا الحقيقى وذلك بان وضعته لاكثر من ستة أشهر الى سنتين وكانت معتدة قالوا يحكم حينئذ بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده فى البطن حين موت المورث أو الموصى ولا يخفى أن الحكم بثبوت النسب انما يكون فيما اذا ولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وهو لا يقتضى الحكم بوجوده فى البطن حين موت المورث أو الموصى لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أكثر من سنتين و وقت الفراق أقل منهما فان قيل اعتبر أول المدة فى الطريق الحقيقى على القول الثانى من وقت موت المورث أو الموصى ففى الطريق الحكمى أيضا كذلك فلا يتصور حينئذ أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أكثر من سنتين والا لا يكون طريقا للعلم بذلك أصلا قلنا فعلى ذلك لا يثبت الحكم بثبوت النسب رأسا حتى يكون ذلك حكما بوجوده فى البطن حين موت المورث أو الموصى لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أقل من سنتين و وقت الفراق أكثر منهما فلا يصح الحكم حينئذ بثبوت النسب فليتأمل (فان جاءت به) أى ان جاءت فلانة بالولد (ميتا فالمال للموصى) فيما اذا قال أوصى به له فلان (والمورث) فيما اذا قال مات أبوه فورثه (حتى يقسم بين ورثته) أى يقسم المال بين ورثة كل واحد من الموصى والمورث (لانه) أى لان ما قاله (اقرار فى الحقيقة لهما) أى للموصى والمورث (وانما ينتقل) منهما (الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل) اليه ههنا لانه مات قبل الولادة (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما) نصفين ان كانا ذكرين أو أنثيين وان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففى الوصية كذلك وفى الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين كذا فى الشروح قال بعض الفضلاء وهذا اذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم واناثهم فى الاستحقاق والقسمة سواء أقول لا حاجة الى هذا التقييد بالنظر الى وضع المسئلة وهو ان قال المقر مات أبوه

شيئا الا أن تكون المرأة معتدة فحينئذ اذا ولدت لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده فى البطن حين مات المورث والموصى (قوله فان جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار فى الحقيقة) لهما اذ التركة مبقاة على ملك الميت مالم تصرف الى وارثه أو الى من أوصى له به ولو جاءت بولدين

وكذا ان جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث يقسم بين ورثته لان هذا الاقرار فى الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين أو أنثيين وان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففى الوصية كذلك وفى الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان كان السبب غير صالح

(قوله وفى الميراث للذكر مثل حظ الانثيين) أقول اذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم واناثهم فى الاستحقاق والقسمة سواء

مثل أن قال باعنى أو أقرضنى لم يلزمه شىء لانه بين مستحيلا لعدم تصورهما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولى عليه فان قيل كان ذلك رجوعا وهو فى الاقرار لا يصح أجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة وهذا بخلاف ما اذا أقر للرضيع وبين السبب بذلك لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما بنائبه وهو القاضى أو من يأذن له القاضى واذا تصور بالنائب جاز للمقر اضافة الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان أبهم الاقرار لم يصح عند أبى يوسف وصححه محمد لان الاقرار اذا صدر من أهله مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع فى صدوره عن أهله لانه هو المفروض وأمكن اضافته الى المحل بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد المأذون اذا أقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا أو دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل ولابى يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين

ولو قال المقر باعنى أو أقرضنى لم يلزمه شىء) لانه بين مستحيلا قال (وان أبهم الاقرار لم يصح عند أبى يوسف وقال محمد يصح) لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح

فورثه فلهذا لم يتعرض له شراح الكتاب وصاحب الكافى وغيرهم وأما بالنظر الى مطلق الارث فلابد من التقييد وان كان السبب غير صالح وهو الذى ذكره بقوله (ولو قال المقر باعنى أو أقرضنى) أى باعنى الحمل أو أقرضنى (لم يلزمه شىء لانه بين مستحيلا) أى لان المقر بين سببا مستحيلا فى العادة اذ لا يتصور البيع والاقراض من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا اليه من هذا الوجه واذا كان ما بينه من السبب مستحيلا صار كلامه لغوا فلم يلزمه شىء فان قيل فهذا يكون رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا قلنا ليس كذلك بل هو بيان سبب محتمل وقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه و يبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه كذا فى المبسوط وأكثر الشراح قال فى العناية أجيب بانه ليس برجوع بل ظهر كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة انتهى أقول فيه بحث لانه ان ظهر كذبه فانما ظهر فى بيان ذلك السبب الغير الصالح لا فى أصل اقراره وهذا لا ينافى كون بيان السبب بذلك الوجه رجوعا عن أصل اقراره الواقع فى أول كلامه لجواز أن يكون صادقا فى اقراره بان كان له سبب صالح فى نفس الامر ولكن قصد الرجوع فبين سببا مستحيلا بخلاف قوله قطعت يد فلان وهى صحيحة فانه كاذب هنالك فى أصل اقراره بيقين فالظاهر فى الجواب ما ذكر فى المبسوط وغيره فان قلت كما أن البيع والاقراض لا يتصور ان من الجنين كذلك لا يتصوران من الرضيع ومع ذلك لو أقر بان عليه ألف درهم لهذا الصبى الرضيع بسبب البيع أو الاقراض أو الاجارة فانه صحيح يؤاخذ به قلت الرضيع وان كان لا يتجر بنفسه لكنه من أهل ان يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه وكذلك الاقراض وان كان لا يتصور منه لكنه يتصور من نائبه وهو القاضى أو الاب باذن القاضى واذا تصور ذلك من نائبه جاز للمقر اضافة الاقرار اليه لان فعل النائب قد يضاف الى المنوب عنه كذا فى النهاية وغيرها وان لم يبين سببا أصلا وهو المراد بقوله (وان أبهم الاقرار لم يصح) أى الاقرار (عند أبى يوسف) قيل وأبو حنيفة معه وبه قال الشافعى فى قول (وقال محمد يصح) وبه قال الشافعى فى الاصح ومالك وأحمد (لان الاقرار من الحجج) الشرعية (فيجب اعماله) مهما أمكن وذلك اذا صدر من أهله مضافا الى محله (وقد أمكن) اعماله ههنا اذ لا نزاع فى صدوره عن أهله لانه هو المفروض وأمكن اضافته الى محله (بالحمل على السبب الصالح) وهو الميراث أو الوصية تحريا للجواز وتصحيحا لكلام العاقل كالعبد المأذون له اذا أقر بدين

حيين فالمال بينهما فان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففى الوصية يقسم بينهما نصفين وفى الميراث يقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين (وان قال باع منى شيئا بالف درهم أو أقرضنى ألف درهم لم يلزمه شىء لانه بين مستحيلا) فان قيل هذا يكون رجوعا وانه لا يصح وان كان موصولا قلنا لا كذلك بل هو بيان سبب محتمل فقد يشتبه على الجاهل فيظن ان الجنين ثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه و يبين سببه ثم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا وكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه (قوله وان أبهم الاقرار) بان قال لحمل فلانة على ألف لم يصح عند أبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يصح لان

(قوله فان قيل كان ذلك رجوعا الخ) أقول أنت خبير بان هذا السؤال انما يتوهم وروده على مذهب محمد لا على رأى أبى يوسف فانه لا يصح الاقرار اذا أبهم حتى يكون بيان السبب المستحيل رجوعا (قوله أجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين الخ) أقول فى مبسوط شمس الائمة قلنا لا كذلك بل هو بيان لسبب محتمل فقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه وتبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه اه ومن هذا الجواب يعلم أن قوله بل ظهور كذبه بيقين محل كلام وان شئت زيادة تفصيل فراجع الى ما قالوا فى توجيه قوله عليه الصلاة والسلام كل ذلك لم يكن فى جواب ذى اليدين

ولابى يوسف أن الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به

فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا أو دين كفالة والجواز بكونه من التجارة كان جائزا تصحيحا لكلام العاقل (ولابى يوسف أن الاقرار مطلقه) أى مطلق الاقرار (ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين) فى الشركة (عليه) أى على الاقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الاقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وأرش الجناية حتى يؤاخذ به العبد المأذون فى حال رقه والشريك الآخر فى الحال وفى الاقرار بدين المهر وأرش الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون فى حال رقه ولا الشريك الآخر أبدا كذا فى المبسوط (فيصير) أى فيصير المقر فيما اذا أبهم بدلالة العرف (كما اذا صرح به) أى بسبب التجارة ولو صرح به كان فاسدا فكذا اذا أبهم قال فى النهاية ولابى يوسف وجهان أحدهما ما ذكر فى الكتاب والثانى ما ذكر فى الذخيرة فقال ان هذا اقرار صدر من أهله لا هله وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله الا أن حمله على الجواز متعذر لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس أحدهما بان يعتبر سببا أولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدا بالف درهم فقبضه المشترى قبل نقد الثمن ثم باعه المشترى مع عبد آخر له من البائع بالف وخمسمائة وقيمتهما على السواء كان البيع فى الذى اشترى من البائع فاسدا وان احتمل الجواز لان للجواز وجهين بان يصرف اليه مثل الثمن أو أكثر والجمع بينهما متعذر وليس أحدهما باولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد لهذا بخلاف العبد المأذون اذا أقر حيث يجوز لان للجواز جهة واحدة وهى التجارة وللفساد جهات وهذا بخلاف ما لو بين سببا يستقيم به وجوب المال للجنين وصية أو ميراثا حيث كان الاقرار صحيحا لان جهة الجواز متعينة وهى ما صرح به فكان محكوما بالجواز انتهى كلامه أقول الوجه الذى ذكر فى الذخيرة منظور فيه أما أولا فلانا لا نسلم أن كون كل واحد من الوصية والميراث وجها صالحا لجواز الاقرار للحمل مع تعذر الجمع بينهما وعدم تعين واحد منهما فى صورة ابهام الاقرار له يقتضى تعذر الحمل على الجواز فيلزم الحكم بالفساد لم لا يكفى فى صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه ما من الوجهين المذكورين للجواز وان لم يتعين خصوصية واحد منهما ألا يرى أن جهالة نفس المقر به لا تمنع صحة الاقرار بالاتفاق فكيف تمنعها جهالة سبب المقر به غاية الامر أن يلزم المقر بيان خصوصية وجه من ذينك الوجهين كما يلزمه بيان خصوصية المقر به المجهول فمن أين يلزم الحكم بالفساد وأما ثانيا فلان ذلك الدليل منقوض بما اذا قال لرجل لك على ألف درهم ولم يبين سببه فان هذا اقرار بالدين صحيح بلا خلاف مع أنه يحتمل الجواز وهو ظاهر والفساد بان يكون بسبب ثمن خمر أو خنزير أو دم أو ميتة ولا شك أن لجواز الدين أسبابا كثيرة متعذرة الاجتماع ليس أحدها أولى من الآخر وأما ثالثا فلان التنظير المذكور فيه ليس بتام لان الجهالة فى مسئلة بيع العبد المشترى مع عبد آخر من البائع ليست فى السبب بل فى قدر ثمن العبد الذى اشتراه من البائع فانه لما جاز بيعه بوجهين بان لا يصرف اليه مثل الثمن الاول و بان يصرف اليه أكثر من الثمن الاول ولم يتعين أحد ذينك الوجهين بخصوصه وقعت الجهالة فى ثمنه وجهالة الثمن فى البيع مفسدة بلا كلام بخلاف جهالة السبب فى الاقرار كما تحققته على أن تعليل فساد البيع فى تلك المسئلة بما ذكر ليس بتام أيضا لانه ينتقض بصحة بيع عبد آخر له فان لجواز بيعه أيضا وجهين بان يصرف اليه ما بقى من مثل الثمن الاول للعبد المشترى من البائع أو ما بقى من أكثر منه فانه اذا صرف الى أحد العبدين شىء من الثمن المسمى لهما يكون الباقى منه مصروفا الى الآخر ضرورة فتعدد وجه الجواز فى أحدهما يقتضى تعدد وجه الجواز فى الآخر أيضا مع أن بيع عبد آخر له فى المسئلة المزبورة ليس بفاسد اجماعا و ينتقض أيضا بصحة بيع العبدين

الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح فيحمل عليه تصحيحا لكلام العاقل ولابى

عليه فاخذ به الشريك الآخر والعبد فى حال رقه فيصير بدلالة العرف كالتصريح به

(فيصير بدلالة العرف الخ) أقول و يمكن أن يقال دلالة العرف فيما يتصور فيه سببية التجارة وأما فيما نحن فيه فلا نسلم تلك الدلالة فليتأمل

قال (ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه) لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه

جميعا فيما اذا باع العبد المشترى بالف بعد نقد الثمن مع عبد آخر له من البائع بالف وخمسمائة فان التعليل المذكور يجرى فى هذه الصورة أيضا بعينه بل مع زيادة لانه يجوز أن يصرف الى العبد المشترى من البائع فى هذه الصورة أقل من الثمن الاول بخلاف الصورة الاولى فازداد فى هذه الصورة وجه آخر للجواز مع تخلف الحكم المذكور فيها ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشترى من البائع فى الصورة الاولى بوجه آخر لا يرد عليه شئ مما من مادتى النقض فتأمل وراجع محلها (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه) أى لزم المقر ما أقر به (لان له) أى لاقراره (وجها صحيحا وهو الوصية به) أى بالحمل (من جهة غيره) أى غير المقر بان أوصى بالحمل مالك الجارية ومالك الشاة لرجل ومات فاقر وارثه وهو عالم بوصية مورثه بان هذا الحمل لفلان واذا صح ذلك الوجه وجب الحمل عليه وهو المراد بقوله (فحمل عليه) قال الشراح ولا وجه للميراث فى هذه الصورة لان من له ميراث فى الحمل له ميراث فى الحامل أقول ليس الامر كذلك فان الفقهاء صرحوا بان من أوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء وستأتى المسئلة بعينها فى كتاب الوصايا من هذا الكتاب فحينئذ يجوز أن يوصى مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثنى حملها ويموت فاذن تصير الحامل للموصى له والحمل لوارث الميت فلو أقر الموصى له بعد أن قبض الحامل باستحقاقها بان حمل هذه الحامل لوارث الميت المزبور صح اقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث فلا وجه لقولهم لا وجه للميراث فى هذه الصورة ولا لتعليلهم اياه بان من له ميراث فى الحمل له ميراث فى الحامل تامل جدا فان ماذكرته وجه حسن دقيق لم يتنبه له الجمهور ثم أقول يشكل بهذه المسئلة الوجه الذى ذكر فى الكتاب وفى المبسوط من قبل أبى يوسف رحمه الله فى المسئلة الاولى فى صورة ابهام الاقرار فان مطلق الاقرار لم يصرف ههنا الى الاقرار بسبب التجارة بان يبيع الحمل من المقر له وبنحو ذلك من الاسباب الغير الصالحة فى حق الحمل بل صرف عندهم جميعا الى الاقرار بسبب صحيح غير سبب التجارة فلم يتم ماذكره فى ذلك الوجه من أن مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة فيصير كما اذا صرح به فتدبر وقد رام جماعة من الشراح بيان الفرق لابى يوسف بين هذه المسئلة والمسئلة الاولى فقال صاحب الغاية والفرق لابى يوسف بين هذه المسئلة حيث جوز الاقرار بالحمل وبين المسئلة الاولى حيث لم يجوز الاقرار للحمل اذا أبهم الاقرار أن ههنا طريق التصحيح متعين وهو الوصية بخلاف الاولى فان طريق التصحيح غير متعين لازدحام الميراث الوصية والى ذلك أشار محمد فى الاصل لابى يوسف قال أرأيت لو ولدت غلاما وجارية كيف يقسم المال بينهما أثلاثا باعتبار الميراث أم نصفين باعتبار الوصية ففيه اشارة الى أن جواز الاقرار متعذر لاحتماله وجهين ارثا ووصية انتهى وقال صاحب النهاية قد ذكرنا آنفا انه اذا كانت جهة الجواز متعذرة لا يحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز ولم تكن احداهما فى الحمل عليها باولى من الاخرى وأما اذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الاقرار به كما فى هذه المسئلة فان مزاحمة الميراث الوصية فى حق الحمل عليه غير صحيح لان الوارث اذا كان له نصيب فى الحمل كان له نصيب أيضا فى الام لشيوع حقه فى جميع التركة وأما الوصية بحمل جارية أو بحمل شاة لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة للجواز فيجوز وهذا هو الفرق لابى يوسف فى صحة اقراره مطلقا بحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره مطلقا للحمل لما ذكرنا أن هنالك لصحة اقراره مطلقا جهتين الميراث والوصية وليس احداهما أولى من الاخرى فبقى على البطلان انتهى وهكذا ذكر الفرق صاحب الكفاية أيضا أقول مدار ماذكروه من الفروق على حرفين أحدهما أن تعدد جهة الجواز ينافى الحمل على الجواز وثانيهما أن جهة الجواز فى هذه المسئلة منحصرة فى الوصية وقد عرفت ما فى كل واحد

يوسف رحمه الله أن الاقرار مطلقا ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة كما حمل اقرار العبد المأذون وأحد المفاوضين على الاقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الاقرار بغير التجارة كدين المهر وارش الجناية حتى

ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح الاقرار ولزمه لان له وجها صحيحا لان الجارية كانت لواحد أوصى بحملها لرجل ومات والمقر وارثه ونورث الجارية عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث فى هذه الصورة لان من له ميراث فى الحمل له ميراث فى الحامل أيضا ومن أقر لرجل بشئ على انه بالخيار فى اقراره لثلاثة أيام فالاقرار صحيح يلزم به ما أقر به لوجود الصيغة الملزمة وهى قوله على ونحوه والخيار باطل

قال (ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط) لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله (ولزمه المال) لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل والله أعلم

منهما بما ذكرناه فى المقامين فيما مر آنفا (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط) يعنى ومن أقر لرجل بشئ على انه بالخيار فى اقراره ثلاثة أيام صح الاقرار وبطل الشرط أما بطلان الشرط وهو الاهم بالبيان فلماذكره المصنف بقوله (لان الخيار للفسخ) أى لاجل الفسخ (والاخبار لا يحتمله) أى لا يحتمل الفسخ يعنى أن الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل الفسخ لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره أو لم يختره وان كان كاذبا فهو واجب الرد لا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثير اشتراط الخيار فى العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه وأما صحة الاقرار التى حكمها لزوم المقر به كما أشار اليه بقوله (ولزمه المال) أى ولزم المقر المال الذى أقر به فلماذكره بقوله (لوجود الصيغة الملزمة) وهى قوله على ونحو ذلك (ولم ينعدم) أى اللزوم وقيل أى الاخبار (بهذا الشرط الباطل) يعنى شرط الخيار اذ لا تأثير للباطل ولان الخيار فى معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا الغا بقى حكم الاقرار وهو اللزوم كما أن التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه كذا فى المبسوط وغيره قال فى المحيط البرهانى هذا اذا أقر بالمال مطلقا ولم يبين السبب فاما اذا بين السبب بان قال لفلان على ألف درهم من قرض أو غصب بعينه أو مستهلك أو وديعة بعينها أو مستهلكة على أنى بالخيار فالخيار باطل والمال لازم لانه وان بين السبب الا أن اشتراط الخيار فيما بين من السبب لا يصح لان سبب الوجوب ان كان استهلاكا فالاستهلاك بعد تحققه لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قرضا أو غصبا بعينه أو وديعة بعينها فكذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قابلا للفسخ بالرد لان حق الفسخ للمقر ثابت من غير خيار بان يرد ما قبض فينفسخ القرض والغصب فلا يكون فى اشتراط الخيار فائدة ولو قال لفلان على ألف درهم من ثمن مبيع على أن المقر بالخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الاصل فى جانب المقر انما ذكره فى جانب المقر له ولا شك أن المقر له اذا لم يصدق المقر فى الخيار لا يثبت له الخيار لانه فى الحاصل يدعى شراء بشرط الخيار وقد أنكر البائع الخيار ولا شك أنه يثبت متى صدقه المقر له فى ذلك لان هذا اشتراط الخيار فى سبب الوجوب وهو الشراء واشتراط الخيار فى الشراء مستقيم بخلاف ما اذا ذكر المال مطلقا ولم يبين السبب لان هنالك المال مشروط فى الاقرار

يؤاخذ العبد به فى حال رقه ويؤاخذ الشريك الآخر وفى الاقرار بدين المهر وأرش الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون فى حال رقه ولا الشريك الآخر أبدا ولابى يوسف رحمه الله طريق آخر وهو أن هذا اقرار صدر من أهله لاهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله محمد رحمه الله الا أن حمله على الجواز متعذر لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس أحدهما بان يعتبر شيأ أولى من الآخر فيتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد كما لو اشترى عبدا بالف ثم باعه من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة وقيمتهما سواء فان البيع يفسد فى الذى اشتراه من البائع وان احتمل الجواز لان للجواز جهتين أن يصرف اليه مثل الثمن الاول وأكثر والجمع متعذر ولا رجحان لاحدهما على الآخر فحكمنا بالفساد ضرورة بخلاف ما لو أقر بحمل لان طريق التصحيح متعين بالوصية ولا يزاحمه الارث لان الوارث اذا كان له نصيب فى الحمل كان له نصيب أيضا فى الام لشيوع حقه فى جميع التركة اما الوصية بحمل جارية أو بحمل شاة لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة للتصحيح فيجوز وهذا هو الفرق لابى يوسف رحمه الله فى صحة اقراره مطلقا بحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره مطلقا للحمل (قوله ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط) صورته ما اذا أقر لرجل بدين أو قرض أو غصب أو وديعة أو عارية قائمة أو مستهلكة على انه فيه بالخيار ثلاثة أيام فالاقرار جائز والخيار

لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبران كان صادقا بمطابقته للواقع فلا معتبر باختياره وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثيره فى العقود لتتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وامضائه

(باب الاستثناء ومافى معناه)

قال (ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقى) لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقى ولكن لابد من الاتصال (وسواء استثنى الاقل أو الاكثر

واشتراط الخيار فى الاقرار لايستقيم فان كذبه المقر له فى الخيار فارادهو أن يقيم بينة على الخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الاصل قالوا ويجب أن لاتسمع بينته لان البينة انما تسمع اذا ترتبت على دعوى صحيحة ودعوى الخيار من المقر ههنا لم تصح لمكان المناقضة كذا فى المحيط

(باب الاستثناء ومافى معناه)

لماذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع فى بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء ومافى معناه فى كونه مغيرا كالشرط وغيره لان الاصل عدم التغيير (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن استثنى متصلا باقراره) أى موصولا باقراره لامفصولا عنه (صح الاستثناء ولزمه الباقى) أى لزم المقر الباقى بعد الثنيا (لان الاستثناء مع الجملة) أى مع صدر الكلام (عبارة عن الباقى) فان معنى قوله على عشرة الا واحدا معنى على تسعة لما عرف فى الاصول (ولكن لابد من الاتصال) لان الاستثناء بيان تغيير فيصح بشرط الوصل وهذا قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما جواز التاخير وقد عرف ذلك أيضا فى الاصول (وسواء استثنى الاقل) أى الاقل من الباقى كما فى قوله لفلان على ألف الا أربعمائة (أو الاكثر) منه كما فى قوله لفلان على ألف الا ستمائة يعنى لافصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر وهو أيضا قول الاكثر وفى العناية وقال الفراء استثناء الاكثر لايجوز لان العرب لم تتكلم بذلك وفى معراج الدراية وقال الفراء لايجوز استثناء الاكثر من الاقل وعن أحمد مثله انتهى وفى الكافى وعن أبى يوسف وهو قول مالك والفراء انه لايصح استثناء الاكثر انتهى ويوافقه ماذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه حيث قال وأما اذا قال لفلان على ألف الا تسعمائة وخمسين درهما فان الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفراء وهو قول أبى يوسف على ماروى عنه فى غير رواية الاصول لايصح استثناء الاكثر ويلزمه الالف لان المستثنى أكثر من المستثنى منه انتهى قال جماعة من الشراح والدليل على جواز ذلك عندنا قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه أقول فى كون هذه الآية الكريمة دليلا على جواز استثناء الاكثر نظر لان صاحب الكشاف قال فى تفسيرها نصفه بدل من الليل والا قليلا استثناء من النصف كانه قال قم أقل من نصف الليل ثم قال وان شئت جعلت نصفه بدلا من قليلا فعلى كلا الوجهين لم يكن الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الاكثر أما على الوجه الاول فلان المستثنى لايكون حينئذ قدرا معينا مخصوصا حتى يحكم بانه أكثر من الباقى نعم يعلم حينئذ انه أقل من النصف لكن يجوز أن يكون ذلك أقل من الباقى أيضا وأما على الوجه الثانى فلان المستثنى يكون حينئذ هو النصف لا الاكثر والمدعى جواز استثناء الاكثر فالاظهر فى الاستدلال

باطل أما جواز الاقرار فلوجود الصيغة الملزمة بقوله على أو عندى لفلان وأما الخيار فباطل لان الاقرار اخبار فلا يليق به الخيار لان الخبران كان صادقا فهو صدق اختاره أو لم يختره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما بان اشتراط الخيار فى العقود لتغيير به صفة العقد ويخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه ولان الخيار فى معنى التعليق بالشرط فمادخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لايحتمل التعليق بالشرط فكذلك لايحتمل اشتراط الخيار الا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمتنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم أصل السبب فاذا بقى بقى حكم الاقرار وهو اللزوم

(باب الاستثناء)

(قوله ومافى معناه) أراد به ما كان بيانا مغيرا كالشرط وغيره لانه فى معنى الاستثناء (قوله لان الاستثناء مع الجملة) أى مع صدر الكلام عبارة عن الباقى قال الله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما (قوله ولكن لابد من الاتصال) لانه بيان مغير فيصح موصولا لامفصولا على هذا أجمع العلماء الا ابن عباس فعنده يعمل

(باب الاستثناء ومافى معناه)

لماذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع فى بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء ومافى معناه فى كونه مغيرا وهو الشرط والاستثناء استفعال من الثنى وهو الصرف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقى ومنفصل وهو مالايصح اخراجه (قال ومن استثنى متصلا باقراره صح استثناؤه ولزمه الباقى) أما لزوم الباقى فلان الاستثناء مع الجملة أى الصدر عبارة عن الباقى لان معنى قوله على عشرة الا درهما معنى قوله على تسعة لما عرف فى الاصول وأما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما جواز التاخير وقد عرف ذلك أيضا فى الاصول ولا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثره وأيضا قول الاكثر وقال الفراء استثناء الاكثر لايجوز لان العرب لم تتكلم بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه واستثناء الكل باطل لماذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن

(قوله قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه) أقول قوله نصفه بدل من قليلا

فان

فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء) لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقدمر الوجه فى الطلاق

عليه ماذكر فى كثير من الشروح وهو أن طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى ولافرق فى ذلك بين استثناء الاقل والاكثر وعدم تكلم العرب به لايمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم ألا يرى أن استثناء الكسر لم تتكلم به العرب وكان صحيحا ويوافقه ماذكره صاحب البدائع حيث قال وأما استثناء الكثير من القليل بان قال لفلان على عشرة دراهم الا تسعة فجائز فى ظاهر الرواية ويلزمه درهم الا ماروى عن أبى يوسف أنه لايصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن أئمة اللغة أن الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد فى استثناء القليل من الكثير يوجد فى استثناء الكثير من القليل الا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع فى الجملة فيصح انتهى كلامه ثم ان لجواز استثناء الاكثر دليلا آخر قويا ذكره ابن الحاجب فى مختصره من أصول الفقه وهو قوله تعالى ان عبادى ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فان الغاوين أكثر بدليل قوله تعالى وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين (فان استثنى الجميع) أى الكل بان قال لفلان على ألف درهم الا ألف درهم (لزمه الاقرار) أى لزم المقر جميع ماأقر به (وبطل الاستثناء) أى بطل ماذكره فى صورة الاستثناء (لانه) أى لان الاستثناء (تكلم بالحاصل بعد الثنيا) أى بالباقى بعد الثنيا (ولاحاصل بعده) أى ولا باقى بعد استثناء الجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء (فيكون رجوعا) أى فيكون ماذكره فى صورة الاستثناء رجوعا عن الاقرار لامحالة لا استثناء حقيقيا والرجوع عن الاقرار فى حقوق العباد باطل وان كان موصولا لانه انما يصح موصولا مايكون فيه معنى البيان لاول كلامه والابطال ليس من البيان فى شئ كذا فى المبسوط وغيره قال فى غاية البيان وكذلك اذا استثنى أكثر من الالف لانه لما لم يجز استثناء الالف من الالف فلان لايجوز استثناء الالف وزيادة أولى قال المصنف (وقدمر الوجه فى الطلاق) أى فى فصل الاستثناء من كتاب الطلاق اعلم أن هذا الذى ذكره فيما اذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه وأما اذا كان من غير جنسه صح الاستثناء وان أتى على جميع المستثنى منه نحو ان يقول نسائى طوالق الا هؤلاء وليس له نساء الا هؤلاء يصح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن ولو قال نسائى طوالق الا نسائى لم يصح الاستثناء وطلقن كلهن وكذا لو قال عبيدى أحرار الا عبيدى لم يصح الاستثناء وعتقوا كلهم ولو قال عبيدى احرار الا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم وكذلك لو قال أوصيت بثلث مالى الا ألف درهم ومات وثلث ماله ألف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية ولو قال أوصيت بثلث مالى لفلان الا ثلث مالى كان للموصى له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء كذا فى شرح الطحاوى ولقد أفصح المصنف عن هذا فى الباب الاول من أيمان الزيادات حيث قال استثناء الكل من الكل انما لايصح اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ أما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما اذا قال نسائى طوالق الا نسائى لايصح الاستثناء ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح انتهى وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك ههنا وهذا الفقه وهو أن الاستثناء تصرف لفظى فيبتنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم ألا يرى أنه اذا قال لامرأته أنت طالق ست طلقات الا أربعا يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كانت الست لاصحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لامزيد له على الثلاث ومع هذا لايجعل كانه قال أنت طالق ثلاثا الا أربعا لماذكرنا أن صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ

الاستثناء وان كان مفصولا استدل بقوله عليه السلام لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله قلنا لم يكن ذلك على وجه الاستثناء وانما كان على وجه الامتثال لما أمر به فى قوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت وسواء استثنى الاقل أو الاكثر وقال الفراء اذا كان المستثنى أكثر من الباقى لايجوز الاستثناء به وهو قول مالك ورواية عن أبى يوسف رحمه الله (قوله فان استثنى الجميع لزمه الاقرار) هذا اذا استثنى بعين اللفظ الذى

الاقرار باطل موصولا كان أو مفصولا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ أما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه يصح قال المصنف فى الباب الاول من أيمان الزيادات استثناء الكل من الكل انما لايصح اذا كان المستثنى بعين ذلك اللفظ أما اذا كان بغير ذلك فيصح كما اذا قال نسائى طوالق الا نسائى لايصح الاستثناء ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح قيل وتحقيق ذلك أن الاستثناء اذا وقع بغير اللفظ الاول أمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ أمكن أن يجعل المستثنى بعض مايتناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بعين ذلك اللفظ فانه لايمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى واهمال المعنى رأسا فما وجه ذلك أجيب بان الاستثناء تصرف لفظى ألا ترى أنه اذا قال أنت طالق ست تطليقات الا أربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان وان كان الست لاصحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لايزيد على الثلاث ومع هذا لايجعل كانه قال أنت طالق ثلاثا الا أربعا فكان اعتباره أولى

(ولو قال له على مائة درهم الا دينارا أو الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار أو القفيز) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف (ولو قال له على مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما) وقال الشافعى يصح فيهما لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق فى خلاف الجنس وللشافعى أنهما اتحدا جنسا من حيث المالية

دون الحكم وتحقيقه هو أن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كالاضرورة عدم ملكه فيما سواه لالامر يرجع الى ذات اللفظ و يتصور أن يدخل فى ملكه غير هذه الجوارى أو العبيد واذا كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح الاستثناء انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية فى بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب العناية أيضا ولكن بتغيير أسلوب تحريره أقول التحقيق الذى ذكروه مما لا يساعده لفظ المصنف فى الزيادات لان قولهم ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا انما يتمشى عند كون غير اللفظ الاول أخص من اللفظ الاول بحسب المفهوم وأما عند كونه مساويا له بحسب المفهوم كما لو قال نسائى كذا الا حلائلى أو الا أزواجى أو كونه أعم منه بحسبه كما لو قال هؤلاء طوالق الا نسائى فلا يتمشى ذلك قطعا وقول المصنف فى الزيادات أما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح بتناول ما كان مساويا له وما كان أعم منه أيضا لان كل واحد منهما غير ذلك اللفظ لا عينه فيقتضى أن يصح الاستثناء فيهما أيضا وليس الامر كذلك كما صرحوا به قال فى التوضيح بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل وأصحابنا قيدوه بلفظه أو بما يساويه نحو عبيدى أحرار الا عبيدى أو الا مماليكى لكن ان استثنى بلفظ يكون أخص منه فى المفهوم لكن فى الوجود يساويه يصح نحو عبيدى أحرار الا هؤلاء ولا عبيد له سواهم انتهى وقال بعض الافاضل فى أصوله بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل بالاتفاق وقال مشايخنا هذا اذا كان بلفظه نحو نسائى طوالق الا نسائى أو بما يساويه نحو نسائى طوالق الا حلائلى أو باعم منه وان استثنى بلفظ يكون أخص منه فى المفهوم يصح وان كان يساويه فى الوجود نحو نسائى طوالق الا زينب وهند وبكرة وعمرة أو الا هؤلاء ولا نساء له سواهن حتى لا تطلق واحدة منهن انتهى كلامه وقد ذكرنا فيما مر نقلا عن غاية البيان عدم صحة الاستثناء فيما اذا كان المستثنى أكثر من المستثنى منه أى أعم منه (ولو قال له على مائة درهم الا دينارا أو الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار أو القفيز) هذا لفظ القدورى فى مختصره يعنى يصح الاستثناء ويطرح من المائة قيمة الدينار أو قيمة قفيز الحنطة قال المصنف (وهذا) أى الحكم المذكور (عند أبى حنيفة وأبى يوسف) استحسانا (ولو قال له على مائة) أى مائة درهم (الا ثوبا لم يصح الاستثناء) قياسا واستحسانا باتفاق أصحابنا (وقال محمد لا يصح فيهما) أى فى الوجهين وهو القياس وبه قال زفر وأحمد (وقال الشافعى يصح فيهما) أى فى الوجهين وبه قال مالك (لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ) يعنى أن الاستثناء تصرف فى اللفظ وهو اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلا تحت صدر الكلام (وهذا) المعنى (لا يتحقق فى خلاف الجنس) أى فى استثناء خلاف الجنس واطلاق الاستثناء على المنقطع بطريق المجاز (وللشافعى أنهما) أى المستثنى والمستثنى منه (اتحدا جنسا من حيث المالية) يعنى أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد

تكلم به فى صدر الكلام بان قال نسائى طوالق الا نسائى فانه لا يصح الاستثناء اما اذا قال نسائى طوالق الا هؤلاء أو قال الا فلانة وفلانة وفلانة فاستثنى الكل باساميهن يصح الاستثناء ولا يقع الطلاق عليهن وكذا لو قال عبيدى احرار الا عبيدى لا يصح ولو قال الا هؤلاء أو فلانا وفلانا وفلانا ذكر جميع عبيده باساميهم يصح وهذا الفقه وهو أن الاستثناء تصرف لفظى فيبتنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم ألا ترى انه اذا قال لامرأته

ولهما

ولو قال له على مائة درهم الا دينارا أو الا قفيز حنطة صح عند أبى حنيفة وأبى يوسف ولزمه مائة الا قيمة الدينار أو القفيز خلافا لمحمد ولو قال له على مائة الا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعى وقوله (فيهما) أى فى قول محمد والشافعى يعود الى المقدر وغيره لان الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر لمحمد أن الاستثناء اخراج ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق فى خلاف الجنس وهذا هو القياس وللشافعى أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضى وهو التصرف اللفظى وكلام المصنف

(قال المصنف لدخل تحت اللفظ) أقول فاعل دخل ضمير المستثنى المفهوم من الاستثناء فيكون المرجع حكميا ويجوز أن يعود الى الاستثناء مرادا به المستثنى على طريقة الاستخدام

ولهما أن المجانسة فى الاول ثابتة من حيث الثمنية

تحقق المقتضى وهو التصرف اللفظى قال فى الكافى والكلام مع الشافعى بناء على الاختلاف فى كيفية عمل الاستثناء فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة أى انما امتنع ثبوت الحكم فى المستثنى لدليل معارض كدليل الخصوص فى العام فتقدير قوله لفلان على عشرة الا درهما فانه ليس على فعدم لزوم الدرهم للدليل المعارض لا لاول كلامه لا لانه يصير بالاستثناء كانه لم يتكلم به لان أهل اللغة أطبقوا ان الاستثناء من النفى اثبات ومن الاثبات نفى وهذا اجماع منهم ان للاستثناء حكما يعارض به حكم الصدر ولان كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق فلو لم يكن للاستثناء حكم يضاد حكم الصدر لكان هذا نفيا للشركة لا توحيدا فاذا ثبت هذا الاصل فقال العمل بالدليل المعارض واجب بحسب الامكان وقد أمكن هنا للمجانسة من حيث المالية وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى فيصير كالتكلم بما وراء المستثنى ويخرج كلامه فى القدر المستثنى من أن يكون ايجابا بالقوله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما وامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون فى الايجاب لا فى الاخبار وقد قال أهل اللغة قاطبة ان الاستثناء استخراج وتكلم بالباقى بعد الثنيا فنجمع بين القولين ونقول انه استخراج وتكلم بالباقى بوضعه واثبات ونفى باشارته واختير الاثبات فى كلمة التوحيد اشارة والنفى قصدا لانه المقصود اذا الكفار يقرون به الا أنهم يشركون معه غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله فاذا ثبت هذا الاصل فنقول الخ وسلك صاحب النهاية هذا المسلك فى حل هذا المقام الا أنه قال فى أثناء تقرير كلام الشافعى بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الامكان فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض فى العين فيمتنع العمل بقدره وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى وقد اقتفى أثره بعض الشراح وقال صاحب العناية وكلام المصنف كما ترى يشير الى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعى أيضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بان الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا انتهى كلامه أقول لم يقل أحد من الشارحين بان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعى سوى صاحب الغاية فانه قال خلافا للشافعى لان الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة ألا ترى الى قوله

وبلدة ليس بها أنيس * الا اليعافير والا العيس

قد استثنى من خلاف الجنس انتهى وأما ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من أنه ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض فى العين وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فليس بدال على ذلك لان المراد بالجنس فى قولهم ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض فى العين ما هو جنس صورة ومعنى لا مطلق الجنس الشامل لما هو جنس معنى فقط والا لم يتم قولهم كان الدليل المعارض فى العين كما لا يخفى على المتأمل فكان المراد بالجنس فى قولهم وان لم يكن من جنسه ما هو جنس صورة ومعنى أيضا فالمفهوم منه انتفاء المجانسة بهذا المعنى فى بعض مواد الاستثناء وهذا لا ينافى كون المجانسة فى الجملة شرطا عند الشافعى أيضا فى جميع مواد الاستثناء كما بين الدرهم والثوب من حيث المالية فقول الشارح الاكمل قرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط ليس بتام (ولهما) أى لابى حنيفة وأبى يوسف (ان المجانسة فى الاول) أى فى الوجه الاول وهو قوله له على مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة (ثابتة من حيث الثمنية) يعنى

أنت طالق ست تطليقات الا أربعا يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كان الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا مزيد له على الثلاث ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثا الا أربعا لما ذكرنا أن صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتحقيقه هو أن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح

كما ترى يشير الى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعى أيضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول ان الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا ولابى حنيفة وأبى يوسف أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهى فى المقدرات ثابتة وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه أحد وانما الكلام فى تناولها اياه حكما فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذى هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددى المتقارب أما الدنانير فظاهرة وأما المقدرات فلانها أثمان باوصافها فانها اذا وصفت تثبت فى الذمة حالا أو مؤجلا وجاز الاستقراض بها وأما العددى المتقارب فلانه بمنزلة المثلى فى قلة التفاوت وما كان ثمنا صلح مقدرا لما دخل

وهذا فى الدينار ظاهر والمكيل والموزون أوصافهما أثمان أما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لايجب بمطلق عقد المعاوضة ومايكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم ومالا يكون ثمنا لا يصلح مقدر فبقى المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح

أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهى فى الوجه الاول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثانى وهو قوله على مائة درهم الا ثوبا قال فى العناية وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه أحد وانما الكلام فى تناولها اياه حكما فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذى هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددى المتقارب (أما الدينار فظاهر) يعنى أما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية فى صورة استثناء الدينار فى الوجه الاول فظاهر لان كلا من الدينار والدرهم من جنس الاثمان من حيث الذات بلا اشتباه (والمكيل والموزون أوصافهما أثمان) يعنى وأما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية فى صورة استثناء قفيز حنطة فى الوجه الاول فلان المكيل والموزون أوصافهما أثمان توضيحه أن المكيلات والموزونات أثمان باوصافهما وان لم تكن أثمانا من حيث الذات حتى لو عينت فى العقد يتعلق العقد بعينها الا أنها اذا وصفت ثبتت فى الذمة حالا ومؤجلا ويجوز الاستقراض بها فكانت فى حكم الثبوت فى الذمة كجنس واحد معنى وان كانت أجناسا صورة والاستثناء استخراج وتكلم بالباقى معنى لاصورة لانه تكلم بالمائة صورة كذا فى الكافى والشروح (أما الثوب) فى الوجه الثانى (فليس بثمن أصلا) أى لاذاتا ولا وصفا (ولهذا لايجب بمطلق عقد المعاوضة) بل يثبت سلما أو ماهو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة مؤجلا فلم يكن استثناؤه من الدراهم استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا (ومايكون ثمنا صلح مقدرا) بكسر الدال على صيغة اسم الفاعل (للدراهم) أى لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما فى أخص الاوصاف (فصار بقدره مستثنى من الدراهم) بقيمته فصار تقدير الكلام له على مائة الا قدر قيمة المستثنى وفى الذخيرة اذا صح الاستثناء يطرح قيمة المستثنى عن المقر به وان كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه شئ (ومالا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا) للدراهم لعدم المجانسة (فبقى الاستثناء من الدراهم مجهولا) وفى بعض النسخ فبقى المستثنى من الدراهم مجهولا (فلا يصح) أى الاستثناء فيجبر على البيان ولا يمتنع به صحة الاقرار لما تقرر أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء لان جهالة المستثنى تورث جهالة فى المستثنى منه فيبقى المقر به مجهولا

لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كالاضرورة عدم ملكه فيما سواه لامر يرجع الى ذات اللفظ ويتصور أن يدخل فى ملكه غير هذه الجوارى أو العبيد واذا كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح (قوله والمكيل والموزون أوصافهما أثمان) أى انهما أثمان باوصافهما حتى لو عينا تعلق العقد بعينهما ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم الدينار ولهذا يستوى الجيد والردىء فيهما فكانت فى حكم الثبوت فى الذمة كجنس واحد معنى والاستثناء استخراج وتكلم بالباقى معنى لاصورة لانه تكلم بالالف صورة والعدديات التى لا تتفاوت كالمقدرات فى ذلك اما الثوب والشاة فليس من جنس المقدرات معنى لانه لا يصلح ثمنا فلم يكن استثناؤه استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا فان قلت ان فاتت المماثلة من حيث الثمنية فقد بقيت من حيث المالية فلم لا يصح الاستخراج باعتبارها قلت الاثمان مقدرة لمالية الاشياء لانها مقدرة فيصلح أن تكون مقدرة للدراهم المستثناة فكأنه ذكر المقدر وترك المقدر لدلالة المقدر على المقدر فكان استثناء الدراهم من الدراهم معنى ومالا يصلح ثمنا لا يكون من المقدرات فلا يصلح مقدرا للدراهم المستثناة لافتقار المقدر الى أن يكون مقدرا فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح الاستثناء لانه استخراج معنى ولم يصح الاستخراج معنى فيبطل (قوله ولهذا لايجب بمطلق عقد المعاوضة) احترازعن السلم (قوله فصار بقدره مستثنى من الدراهم) فصار كأنه ذكر المستثنى والمستثنى منه بلفظ الدراهم وفى الذخيرة ان كان

تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما فى أخص الاوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته وأما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لايجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما أوما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة وما ليس بثمن لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقى الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ولقائل أن يقول ماليس بثمن لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ أو القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثانى ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب أن التقدير الاستثنائى يقتضى حقيقة التجانس ومعناه بما ذكرنا من حيث أخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك فى غير المقدرات

قال (ومن أقر بحق وقال ان شاء الله متصلا) باقراره (لم يلزمه الاقرار) لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال أو تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثانى فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط

كذا فى النهاية ومعراج الدراية قال فى العناية ولقائل أن يقول ماليس بثمن لا يصلح أن يكون مقدرا من حيث اللفظ ومن حيث القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثانى ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب أن التقدير الاستثنائى يقتضى حقيقة التجانس أو معناه بما ذكرنا من حيث أخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك فى غير المقدرات انتهى أقول بقى ههنا كلام آخر وهو أنهم صرحوا بان مايكون ثمنا بوصفه كالمكيل والموزون انما يكون ثمنا واجبا فى الذمة بسبب الوصف كالحنطة الربيعية والخريفية لا بسبب الذات والعين حتى لو عين يتعلق العقد بعينه فيكون بيع مقايضة ولا يجب فى الذمة ولو وصف ولم يعين صار حكمه كحكم الدينار والدرهم فيجب فى الذمة فالظاهر أن مثل هذا انما يصلح أن يكون مقدرا للدراهم اذا كان موصوفا لا مطلقا وفى مسئلتنا هذه لم يوصف قفيز حنطة بشئ فلا يصلح أن يكون مقدرا للدراهم فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولا فى هذا الوجه أيضا فينبغى أن لا يصح الاستثناء فى قوله الا قفيز حنطة فليتأمل فى الجواب (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار) قال فى الباب الاول من اقرار المبسوط ولو قال غصبتك هذا العبد أمس ان شاء الله لم يلزمه شئ استحسانا وفى القياس استثناؤه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح فى الانشا آت دون الاخبارات ولكن استحسن لان الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة الا أن يكون فى معنى الشرط فان الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال ستجدنى ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الانبياء كالعهد من غيرهم فدل على أن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة وقال صلى الله عليه وسلم من استثنى فله ثنياه والاقرار لا يكون ملزما الا بكلام هو عزيمة لكن انما يعمل الاستثناء اذا كان موصولا بالكلام لا اذا كان مفصولا عنه فان المفصول بمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك فى اقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول وهذا بخلاف الرجوع عن الاقرار فانه لا يصح وان كان موصولا لان رجوعه نفى لما أثبته فكان تناقضا منه والتناقض لا يصح مفصولا كان أو موصولا أما هذا فبيان تغيير وبيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما فى المبسوط قال المصنف فى تعليل مسئلة الكتاب (لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال) كما هو مذهب أبى يوسف (أو تعليق) كما هو مذهب محمد كذا ذكره الامام قاضيخان فى طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب وقيل الاختلاف على العكس كما ذكر فى طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب وثمرة الخلاف تظهر كما فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله أنت طالق عند من قال انه ابطال لا يقع الطلاق وعند من قال بانه تعليق يقع لانه اذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقى الطلاق من غير شرط فيقع وكيفما كان لم يلزمه الاقرار كما بينه المصنف بقوله (فان كان الاول) وهو الابطال (فقد بطل وان كان الثانى) وهو التعليق (فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) لان الاقرار

للمستثنى مثل من جنسه كالكيلى والوزنى والعددى المتقارب نحو أن يقال لفلان على دينار الا درهما أو الا قفيز حنطة أو الا مائة جوزة صح الاستثناء ويطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر به وان كانت قيمة المستثنى تأتى على جميع ما أقر به لا يلزمه شئ وان لم يكن للمستثنى مثل من جنسه نحو أن يقول لفلان على دينار الا ثوبا أو قال الا شاة لا يصح الاستثناء اجماعا عندنا خلافا للشافعى رحمه الله (قوله لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال أو تعليق) وفى الجامع لقاضيخان رحمه الله قال أبو يوسف رحمه الله التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال وقال محمد رحمة الله عليه تعليق بشرط لا يوقف عليه وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله أنت طالق عند أبى يوسف رحمه الله لا يقع لانه ابطال وقال محمد رحمه الله يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقى الطلاق من غير شرط (قوله لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) لان

قال (ومن أقر بحق وقال ان شاء الله الخ) ومن قال لفلان على مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب أبى يوسف أو هو تعليق كما هو مذهب محمد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله أنت طالق عند أبى يوسف لا يقع الطلاق لانه ابطال وعند محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقى الطلاق من غير شرط فوقع وكيفما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد بطل وان كان الثانى فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار

(قال المصنف اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط)

تمماسبق والتعليق انمايكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما لانه شرط لايوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم فى الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان على مائة درهم اذا مت أو اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقرله فى الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم قال (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه الخ) ومن قال هذه الدار لفلان الابناءها فانه لى فللمقرله الدار والبناء لان البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان أن المستثنى من متناول لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته فالبناء لايكون مستثنى أما أن لفظ الدار لم يتناول البناء مقصودا فلانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لايسقط شئ من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى وأما أن الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظى وقد تقدم ذلك

أولانه شرط لايوقف عليه كماذكرنا فى الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان على مائة درهم اذا مت أو اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس لانه فى معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لاتعليقا حتى لو كذبه المقرله فى الاجل يكون المال حالا قال (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقرله الدار والبناء) لان البناء داخل فى هذا الاقرار معنى لالفظا والاستثناء تصرف فى الملفوظ

اخبار عماسبق والتعليق انمايكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لايصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لايصير صدقا بوجود الشرط فلغا تعليقه بالشرط (أولانه شرط لايوقف عليه) أى لايطلع عليه فان وقوع مشيئة الله تعالى مما لايكاد يطلع عليه أحد والتعليق بما لايوقف عليه غير صحيح لانه يكون اعداما من الاصل (كماذكرنا فى الطلاق) أى فى فصل الاستثناء من كتاب الطلاق ولو قال لفلان على ألف ان شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا اقرار باطل لانه علقه بشرط فى وجوده خطر والاقرار لايحتمل التعليق بالخطر لان التعليق بما فيه خطر يمين والاقرار لايحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لايصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لايصير صدقا بوجود الشرط فلايليق التعليق به أصلا انما التعليق فيما هو ايجاب ليتبين به أنه ليس بايقاع مالم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط أو الخطر نحو قوله ان دخلت الدار أو ان مطرت السماء أو ان هبت الريح أو ان قضى الله تعالى أو ان أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو ان بشرت بولد أو ان أصبت مالا أو ان كان كذلك أو ان كان حقا فهذا كله مبطل للاقرار اذا وصله بالكلام للمعنى الذى ذكرنا كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط وفى غاية البيان نقلا عن شرح الكافى للحاكم الشهيد (بخلاف ما اذا قال لفلان على مائة درهم اذا مت أو اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس لانه فى معنى بيان المدة) وذلك من حيث العرف لان الناس يعتادون بذكر هذه الاشياء محل الاجل فحسب لان الدين المؤجل يصير حالا بالموت ومجئ رأس الشهر والفطر من اجال الناس فتركت الحقيقة للعرف (فيكون تاجيلا) أى فيكون ذكر هذه الاشياء منه تاجيلا أى دعوى الاجل الى الاوقات المذكورة (لاتعليقا) أى لايكون تعليقا بالشرط (حتى لو كذبه المقرله فى الاجل يكون المال حالا) لان دعوى الاجل من المقر غير مقبولة عندنا الا أن يثبته بالبينة أو يصدقه المقرله كما تقدم (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه) بان قال هذه الدار لفلان الابناءها (فللمقرله الدار والبناء لان البناء داخل فى هذا الاقرار معنى) أى تبعا (لالفظا) أى لامقصودا باللفظ لان البناء وصف فى الدار والوصف يدخل تبعا لاقصدا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض فى بيع الدار لايسقط شئ من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى (والاستثناء تصرف فى الملفوظ) بجعل الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى فما لايتناوله اسم الدار لايتحقق فيه عمل الاستثناء كذا قالوا أقول هذا وان كان موافقا لما ذكره المصنف وغيره فى كتاب الايمان من أن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم والبناء وصف فيها الا أنه مخالف لماذكر فى كتب اللغة فانه قال فى المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة وقال فى القاموس الدار المحل الذى يجمع البناء والعرصة ولايخفى أن

الاقرار اخبار والاخبار لايحتمل التعليق بالشرط لانه ان كان صدقا لايصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لايصير صدقا بوجود الشرط وانما يليق بالايجاب لانه تبين به انه ليس بايقاع مالم يوجد الشرط (قوله لانه فى معنى بيان المدة) أى من حيث العرف لان هذه الاشياء تذكر فى العادة لبيان محل الاجل فاعتبر اقرارا بدين مؤجل (قوله لان البناء داخل فى هذا الاقرار معنى لالفظا) أى البناء داخل فى لفظ الاقرار بالدار تبعا لا مقصودا باللفظ والدليل على هذا فصل البيع فان البناء فى بيع الدار يدخل تحت البيع تبعا حتى لو استحق

أقول فى الكافى وكان ينبغى أن يجب المال كما فى شرط الخيار الا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمتنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا ألغى الخيار بقى حكم الاقرار بناء على السبب اه وفيه شئ (قوله لان البناء الى قوله لبيان المستثنى الخ) أقول وفى قوله لبيان المستثنى الخ بحث ثم أقول قد كتب فى هامش الكتاب فى هذا المقام من خط المؤلف ماهو صورته وتلخيص الحجة أن البناء ههنا ليس متناول اللفظ والمستثنى متناول اللفظ ينتج أن البناء ليس مستثنى اهـ والظاهر الموافق للمشروح أن يقال تلخيصها البناء داخل فى الدار معنى وكل ماهو داخل فى الشئ معنى لايصح استثناؤه منه

والفص

والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء فى الدار لانه يدخل فيه تبعا لالفظا

الظاهر المتبادر من ذلك أن تكون الدار اسما لمجموع البناء والعرصة لا اسما للعرصة وحدها فتأمل قال صدر الشريعة فان قلت يشكل ماذكر بما اذا قال لفلان على ألف درهم الاقفيز حنطة فان الحنطة دخلت فى الدراهم معنى لالفظا حتى صح استثناؤه قلت الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء ولا كذلك الدار فانها ليست باسم للعرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكرا للبناء بطريق التناول قصدا بل الدار اسم للعرصة والبناء صفة له على ماذكرنا والوصف يدخل تبعا لاقصدا فلايصح استثناء الوصف فافترقا انتهى كلامه واقتفى أثره الشارح العينى أقول التعرض للفرق بين المسئلتين مما لابد منه جدا وقد أهمله أكثر الشراح ولكن المرتبة التى ذكرها الشارحان المزبوران لاتقطع الكلام ههنا اذ لقائل أن يقول ان أريد بتناول الدراهم الحنطة من حيث المعنى تناولها اياها من حيث المعنى الوضعى للفظ الدراهم فهو ممنوع جدا ألا ترى الى مامر فى تلك المسئلة من أن التحقيق أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه أحد وانما الكلام فى تناولها اياه حكما فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذى هو الثمنية وان أريد بذلك تناولها اياها من حيث الحكم فهو مسلم ولكن لايجدى نفعا اذ المصنف مصرح ههنا بان الاستثناء تصرف فى الملفوظ فتناول لفظ الدراهم الحنطة من جهة الحكم لايكفى فى صحة الاستثناء كيف ولو كفى تناول لفظ الدراهم الحنطة من حيث الحكم فقط فى صحة استثناء الحنطة من الدراهم لكفى تناول اسم الدار البناء من حيث الحكم فقط أيضا فى صحة استثناء البناء من الدار فان البناء داخل فى حكم بيع الدار وفى حكم الاقرار بالدار ونحوهما حتى يملك المشترى والمقرله البناء أيضا فلابد من زيادة ايضاح وتقرير فنقول المراد بذلك هو التناول من حيث الحكم لكن قصدا لاتبعا والدراهم تتناول الحنطة باعتبار كونها على أخص أوصافها الذى هو الثمنية تناولا قصديا لاتبعيا فان مايتحقق فيه الثمنية كالدنانير والمكيل والموزون والعددى المتقارب من قبيل الذوات فيجوز أن يكون مقصودا من الدراهم لمشاركته اياها فى أخص أوصافها وهو الثمنية وكونه باعتبار ذلك بمنزلة جنس واحد ولا كذلك الدار مع البناء فان البناء وصف للدار فلايدخل فى حكمها الا تبعا وبالجملة فرق بين مايتناوله اللفظ حكما وبين مايتبع متناوله فى الحكم فان الاول مدلول حكمى للفظ مقصود منه أصالة فيكون استثناؤه تصرفا فى الملفوظ أى فى مدلول اللفظ حكما فيصح والثانى خارج عن مدلول اللفظ وضعا وحكما غير مقصود منه أصلا لكنه تابع لمدلوله فى الحكم الثابت له فلايكون استثناؤه تصرفا فى الملفوظ فلايصح قال المصنف (والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء فى الدار) يعنى لايصح استثناء الفص فى الاقرار بالخاتم ولا استثناء النخلة فى الاقرار بالبستان كما لايصح استثناء البناء فى الاقرار بالدار (لانه) أى لان كل واحد من الفص والنخلة (يدخل فيه) أى يدخل فى الصدر (تبعا لالفظا) والاستثناء تصرف فى الملفوظ كما مر قال بعض العلماء قول المصنف ههنا ان الفص يدخل تبعا لالفظا ينافى قوله فيما مر ان اسم الخاتم يشمل الكل أقول يمكن أن يقال ان مراده بشمول اسم الخاتم الكل فى قوله السابق أعم من الشمول القصدى والتبعى ومراده بنفى دخول الفص فى الخاتم فى قوله اللاحق نفى الدخول القصدى فلامنافاة بينهما قال فى البدائع ولو أقر لانسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فالاستثناء باطل لان اسم الدار لايتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة فى اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للمقرله لانه وان لم يكن اسما عاما لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن

البناء قبل القبض لايسقط شئ من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى بخلاف ما اذا قال الاثلثها أو بيتا منها حيث يصح الاستثناء ويكون للمقرله ماعدا ثلث الدار وماعدا البيت لان البيت فى لفظ الدار داخل مقصودا حتى لو استحق البيت فى بيع الدار تسقط حصته من الثمن ولو قال بناء هذه الدار لى والعرصة لفلان فهو كما قال أى يكون البناء له والعرصة لفلان وكذا اذا قال بياض هذه الارض لفلان وبناؤها لى لان ماتضمنه اللفظان

والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء فى الدار لانها تدخل فيه تبعا لالفظا ولو قال هذه الدار لفلان الاثلثها أو الابيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت فى بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لى كان الكل للمقرله لانه أقر بكلها ثم ادعى شيأ منها بعد ذلك فلا يصدق الابحجة ولو قال بناء هذه الدار لى والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن بقعة لابناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان فالبناء لايتبعها

بخلاف ما اذا قال الا ثلثها أو الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا (ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال) لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكأنه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة أرضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار

لكن أقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لا لانه اسم عام بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن انتهى كلامه أقول فيه نظر أما أولا فلان قوله لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة مما لا يساعده كتب اللغة ألا يرى الى ما قال في المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة والى ما قال في القاموس الدار المحل يجمع البناء والعرصة وأما ثانيا فلان قوله لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن يدل على أن البناء جزء من معنى اسم الدار وهذا مع كونه مخالفا لما قاله أولا من ان اسم الدار لا يتناول البناء لغة يقتضي صحة استثناء البناء لنفسه للقطع بصحة استثناء الجزء من الكل كما لو قال له علي عشرة الا واحدا لا يقال يجوز أن يكون مراده بالتضمن معنى التبعية لا الجزئية فيؤل الى ما قاله المصنف وغيره لانا نقول مع اباء قوله هذه الاجزاء عن ذلك التوجيه جدا يمنعه قوله في تنظيره بمسئلة الاقرار بالخاتم بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن فانه نص في دخول الفص كالحلقة بطريق الاصالة دون التبعية وهو خلاف ما صرح به المصنف وسائر الثقات (بخلاف ما اذا قال الا ثلثها) أي اذا قال هذه الدار لفلان الا ثلثها (أو الا بيتا منها) حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت (لانه) أي لان كل واحد من الثلث والبيت (داخل فيه) أي في الصدر الذي هو الدار (لفظا) ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن كذا قالوا أقول كون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا مشكل على القول بان الدار اسم للعرصة كما ذكروه في كتاب الايمان واستدلوا به على أن من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث اذ على تقدير أن يكون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا يكون جزأ من مدلول لفظ الدار فلا يكون الدار حينئذ اسما للعرصة فقط بل لمجموع العرصة والبيوت فاذا انهدمت وصارت صحراء لزم أن تنعدم بانعدام بعض أجزائها فلم يظهر وجه الحنث في المسئلة المذكورة والعجب من صاحب البدائع أنه قال ههنا بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار أو ثلثها أو بيتا منها أنه يصح الاستثناء لما بينا أن الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصح انتهى فان كون الدار اسما للعرصة يقتضي عدم صحة الاستثناء في صورة استثناء البيت من الدار لان البيت ليس من جنس العرصة اذ البيت اسم لبناء مسقف له حوائط أربعة على قول أو ثلاثة على قول آخر كما عرف في الايمان في مسئلة ما لو حلف لا يدخل بيتا فدخل صفة والعرصة هي البقعة كما سيأتي فأنى هذه من ذلك فما ذكره يكون حجة عليه لا له في هاتيك الصورة (ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال) وهذا لفظ القدوري أيضا في مختصره يعني يكون البناء للمقر والعرصة لفلان قال المصنف في تعليله (لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء) يعني أن العرصة في اللغة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء فلما اعتبر في معناها الخلو عن البناء لم يتبعها البناء في الحكم (فكأنه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان) قال المصنف (بخلاف ما اذا قال مكان العرصة أرضا) أي بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان (حيث يكون البناء للمقر له) مع الارض (لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء) بناء على أن الارض أصل والبناء تبع والاقرار بالاصل اقرار بالتبع (كالاقرار بالدار) حيث يكون البناء أيضا للمقر له هناك وان استثناه لنفسه كما مر فان قلت يشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والارض لآخر فانه كما قال حتى يكون البناء للاول والارض للثاني ولم يقل هناك الاقرار بالارض اقرار بالبناء فما وجه

من قصر الحكم السابق على مجرد المساحة منع دخول الوصف في ذلك الحكم بطريق التبعية فلا يكون هو مقرا بالوصف فلا يكون في قوله و بناؤها لي راجعا عما أقر به بخلاف ما اذا ذكر مكان العرصة أرضا حيث

بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لاصالتها اقرار بالبناء كالاقرار بالدار وجنس هذه المسائل يخرج على أصلين أحدهما أن الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني أن اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا أقر بشيئين يتبع أحدهما الآخر كالارض والبناء فان كان لشخص فظاهر وان كان لشخصين فان قدم التابع فقال بناء هذه الارض لفلان والارض لفلان فكما قال لان الاقرار الاول لما صح لم يصلح جعل البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المتبوع فكلاهما للمقر له لان الاقرار به يستتبع التابع فالاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا أقر باحدهما فان كان المتبوع كقوله الارض لفلان والبناء لي كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع كقوله الارض لي والبناء لفلان كان كما قال لان في الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح وفي الثاني عكسه فصح

(قوله لان الاقرار به) أقول الضمير في قوله به راجع الى المتبوع في قوله وان قدم المتبوع

(ولو

(ولو قال له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك) قال وهذا على وجوه أحدها هذا وهو أن يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر

الفرق بينهما قلت الفرق بينهما من حيث ان أول كلامه فيما أوردت اقرار معتبر بالبناء للاول فهب أن آخر كلامه اقرار بالارض والبناء لكن اقراره فيما صار مستحقا لغيره لا يصح فكان للثاني الارض خاصة وأما فيما نحن فيه فآخر كلامه اقرار بالارض والبناء وهما جميعا ملكه فصح اقراره بهما للمقر له وذلك لان أول كلامه وهو قوله بناء هذه الدار لي غير معتبر لانه قد كان له قبل أن يذكره فبقي قوله وأرضها لفلان والاقرار بالاصل يوجب ثبوت حق المقر له في التبع توضيح الفرق أن البناء في تلك المسئلة لما صار للمقر له الاول خرج من أن يكون تبعا للارض حكما فاقراره بالارض للثاني بعد ذلك لا يتعدى الى البناء وفي مسئلتنا البناء باق على ملك المقر فكان تبعا للارض فاقراره بالارض يثبت الحق للمقر له في البناء تبعا كذا في المبسوط اعلم أن هذا الجنس خمس مسائل وتخريجها على أصلين أحدهما أن الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني أن اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفت هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان كانت الارض والبناء لفلان لان بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الارض لفلان أقر لفلان بالبناء تبعا للاقرار بالارض والاقرار بعد الدعوى صحيح واذا قال أرضها لي وبناؤها لفلان فهو على ما أقر لانه بقوله أرضها لي ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله والبناء لفلان أقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه واذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لي فالارض والبناء للمقر له لانه بقوله أرضها لفلان أقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله وبناؤها لي ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار لا تصح واذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالارض والبناء للمقر له الاول لانه بقوله أرض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للارض وبقوله وبناؤها لفلان آخر كان مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان آخر فهو كما قال لانه بقوله أولا بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله وأرضها لفلان آخر صار مقرا على الاول بالبناء للثاني والاقرار على الغير باطل كذا في الذخيرة (ولو قال له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك) الى هنا لفظ القدوري في مختصره (قال) أي قال المصنف رحمه الله (هذا) أي ما ذكر من المسئلة (على وجوه أحدها هذا) أي هذا الوجه (وهو أن يصدقه) أي أن يصدق المقر له المقر (ويسلم العبد وجوابه) أي جواب هذا الوجه (ما ذكر) من قوله قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال بعض الفضلاء فيه أنه اذا سلم العبد كيف يقال له ان شئت فسلم العبد الخ أقول ما ذكره انما يتجه أن لو كان لفظ يسلم في قول المصنف ويسلم العبد من سلمه اليه وأما اذا كان من سلمه له أي جعله سالما له فلا لان سلامة العبد للمقر انما تحصل باعتراف المقر له بانه عبدك لا عبدي وقد يتحقق هذا قبل تسليم العبد الى المقر فلا ينافي أن يقال له ان شئت فسلم العبد الخ وقد استعمل المصنف سلمه له مرادا به المعنى المذكور في مواضع من كتابه هذا وما سيأتي في فصل الدين المشترك من باب الصلح في الدين حيث قال فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم انتهى ويحتمل أن يكون لفظ يسلم ههنا ثلاثيا من السلامة لا من التسليم ويكون العبد فاعلا لا

يكون البناء للمقر له وفي الذخيرة واعلم بان هذه خمس مسائل وتخريجها على أصلين أحدهما أن الدعوى قبل الاقرار لا تمنع صحة الاقرار بعده والدعوى بعد الاقرار في بعض ما دخل تحت الاقرار لا تصح والثاني أن اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفنا هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان انما كانت الارض والبناء لفلان لان بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الارض لفلان أقر لفلان بالبناء

قال (ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد الخ) ومن قال له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته ولم أقبضه فاما أن يذكر عبدا بعينه أو لا فان كان الاول فهو على وجوه أحدها أن يصدقه فيقال له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك

(قال المصنف فسلم العبد) أقول أي التزم تسليمه (قال المصنف والا فلا شيء لك) أقول أي وان لم تلتزم فلا مخالفة لما مر في البيوع (قال المصنف وهو أن يصدقه ويسلم العبد الخ) أقول فيه انه اذا سلم العبد كيف يقال له ان شئت فسلم العبد الخ فالاظهر هو الاكتفاء بقوله وهو أن يصدقه

لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك مابعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث

مفصولا فحينئذ لا يتوهم المنافاة أصلا قال المصنف في تعليل جواب الوجه المذكور (لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة) يعني أنهما تصادقا في هذا الوجه والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد بالف والعبد في يده كان عليه ألف درهم كذا ههنا قال صاحب العناية وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له والجواب أن ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن على المقر وليس مانحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه أحد وذلك باطل الى هنا كلامه وطعن بعض الفضلاء في جوابه بان قال وليت شعري أن ماذكر في الكتاب حكم أية مسئلة انتهى أقول ماذكر في الكتاب حكم مسئلة الاقرار فان نفس الاقرار والتصادق لا يقتضي الحكم بتسليم الثمن على المقر ولا الحكم بتسليم العبد على المقر له فان كل واحد من الحكمين المذكورين مقتضى الدعوى ولا دعوى فيما نحن فيه بل فيه اقرار محض وحكمه لزوم الالف على المقر ان سلم المقر له العبد اليه وأما ان لم يسلمه اليه بان هلك في يده فلا يلزمه شئ كما هو الحكم في ثبوت البيع معاينة وهذا معنى ماذكر في الكتاب قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك وليس المراد من ان شئت فسلم العبد تخيير المقر له بين تسليم العبد وعدم تسليمه اذ لا يقدر البائع على عدم تسليم المبيع الى المشتري بعد أن صح البيع وتم بل المراد منه أن لزوم الالف على المقر مشروط بتسليم العبد اليه فان أردت الوصول الى حقك فسلم العبد ولا تضيعه وليس المراد بقوله وخذ الالف أخذ الالف بعد تسليم العبد اذ لا دلالة على التعقيب في الواو بل هي للجمع مطلقا فلا يخالف ما تقرر في البيوع من أن اللازم في بيع سلعة بثمن تسليم الثمن أولا فخلاصة ماذكر في الكتاب ههنا ما قال في الوقاية وغيرها فان سلم المقر له لزمه الالف والا (والثاني) أي الوجه الثاني (أن يقول المقر له العبد عبدك) أي العبد الذي عينته عبدك (مابعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا) وسلمته اليك (وفيه) أي في هذا الوجه (المال لازم على المقر لاقراره به) أي بالمال (عند سلامة العبد له وقد سلم) أي وقد سلم العبد له حين اعترف المقر له بانه ملكه (فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود) كما لو قال لك على ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت مني لان الاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها فلا يعتبر التكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجوب أصل المال ولا تفاوت في هذا الوجه بين أن يكون العبد في يد المقر أو في يد المقر له كذا قالوا (والثالث) أي الوجه الثالث

تبعا للاقرار بالارض والاقرار بعد الدعوى صحيح واذا قال أرضها لي وبناؤها لفلان فهو على ما أقر المقر لان بقوله أرضها لي ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله والبناء لفلان أقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه واذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لي فالارض والبناء كلاهما للمقر له لان بقوله أرضها لفلان أقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله بناؤها لي ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار في بعض ما تناوله الاقرار لا تصح واذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالارض والبناء كلاهما للمقر له الاول لان بقوله أرض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للارض وبقوله وبناؤها لفلان آخر جعل مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان آخر فهو كما قال لان بقوله أولا بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله أرضها لفلان آخر صار مقرا على الاول بالبناء واقرار الانسان على غيره باطل (قوله بعد حصول المقصود) وهو سلامة العبد بيانه أن المقر له ادعى وجوب الالف بسبب بيع الآخر والمقر أقر بسبب شراء هذا العبد فلا يبالي بالاختلاف بعد اتفاقهما على وجوب الثمن كما اذا أقر بالف من ثمن متاع والمقر له يقول انه غصب أو قرض لا يبالي باختلاف السبب كذا ههنا

لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له والجواب أن ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن على المقر وليس مانحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه أحد وذلك باطل والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك مابعتكه وانما بعتك عبدا غيره وسلمته لك وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وكما لو قال لك على ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت مني ولا تفاوت في هذا بين أن يكون العبد في يد المقر أو المقر له والثالث

(قوله فالحكم الامر بتسليم الثمن الخ) أقول لا التخيير بان يقال ان شئت فسلم العبد ولا تسليم العبد أولا ثم أخذ الالف (قوله والجواب أن ذلك حكم ما اذا ادعى الخ) أقول وليت شعري أن ماذكر في الكتاب حكم أية مسئلة

ان

أن يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه أن لا يلزم المقر شئ لانه ما أقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والآخر ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه (وان قال من ثمن عبد اشتريته ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ماقبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل) لانه رجوع فانه أقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا لان الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا

(أن يقول) أي المقر له (العبد عبدي) أي العبد الذي عينته عبدي (مابعتك وحكمه) أي حكم هذا الوجه (أن لا يلزم المقر شئ لانه ما أقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه) أي فلا يلزم المال دون العبد لانه اذا لم يسلم له العبد لا يسلم المقر له بدله ولا تفاوت في هذا الوجه أيضا بين أن يكون العبد في يد المقر أو في يد المقر له لانه اذا كان في يد المقر يأخذ المقر له العبد منه فلا يلزم المقر شئ من ثمن العبد كذا قالوا (ولو قال مع ذلك) أي ولو قال المقر له مع انكار العبد المقر به (انما بعتك غيره) ان غير ذلك العبد (يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه) أي وجوب تسليمه (والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه) أي على المقر (الالف) أي لزوم الالف (ببيع غيره) أي غير من عينه (والآخر ينكر) فصار كل واحد منهما مدعيا ومنكرا وحكم ذلك التحالف (واذا تحالفا بطل المال) أي بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن في يده (هذا) أي ماذكره من الوجوه (اذا ذكر) أي المقر (عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد) يعني ان قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه (ولم يعينه) أي لم يعين المقر العبد المشتري (لزمه الالف ولم يصدق في قوله ماقبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل) أي سواء وصل قوله ماقبضت العبد المشتري بكلامه السابق أو فصل عنه (لانه) أي لان قوله ماقبضت (رجوع) عما أقر به (فانه أقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على) أي نظرا الى هذه الكلمة التي ذكرها أولا في قوله له على ألف درهم اذ هي للايجاب (وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا) اي بالكلية (لان الجهالة) أي جهالة المبيع (مقارنة كانت) كالجهالة حالة العقد (أو طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه) أي نسي المتعاقدان ذلك العبد (عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع) خبر ان في قوله لان الجهالة يعني أن الجهالة توجب هلاك المبيع أي تجعل المبيع في حكم المستهلك لعدم القدرة على تسليم المجهول (فيمتنع وجوب نقد الثمن) لان نقد الثمن لا يجب الا باحضار المبيع وقد امتنع احضاره بالجهالة فامتنع وجوب نقد الثمن أيضا (واذا كان كذلك كان رجوعا) فان أول كلامه اقرار يوجب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع (فلا يصح وان كان موصولا) لان الرجوع عن الاقرار باطل مفصولا كان أو موصولا أقول لقائل أن يقول يشكل التعليل المذكور ههنا من قبل أبي حنيفة بمسئلة الاستثناء بمشيئة الله تعالى فانه لم يلزم المقر هنالك شئ بالاتفاق مع جريان خلاصة هذا التعليل هنالك أيضا بان يقال ان أول الكلام اقرار بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وآخره ينافي الوجوب أصلا فيقتضي أن يكون رجوعا فيلزم أن لا يصح ويمكن أن يجاب عنه بما أشار اليه المصنف فيما سياتي في مسئلة ما لو قال من ثمن خمر أو خنزير بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال وسنذكر تمام الكلام هنالك ان شاء الله تعالى ثم ان بعض الفضلاء أورد على هذا

(قوله ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره) أي مع انكار العبد المقر به يدعي لزوم المال ببيع عبد آخر (قوله واذا تحالفا بطل المال) أي بطل المال من المقر والعبد سالم لمن في يده (قوله وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا) لان ثمن عبد غير معين لا يكون واجبا على المشتري الا بعد القبض لان ما لا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك لانه لا طريق للوصول اليه فانه ما من عبد يحضره الا وللمشتري أن يقول المبيع غير هذا

العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله وفي هذا أيضا لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر أو يد المقر له فانه اذا كان في يد المقر يأخذ العبد ولو قال مع ذلك أي مع انكار العبد انما بعتك غيره يدعي لزوم المال ببيع عبد آخر تحالفا لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكره والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والمقر ينكره واذا تحالفا بطل المال من المقر والعبد سالم لمن هو في يده وان كان الثاني لزمه الالف ولا يصدق في قوله ماقبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل لانه رجوع عما أقر به فان اقراره صح رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا لان جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة العقد أو طارئة كما اذا اشترى عبدا ونسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن فاول كلامه اقرار يوجب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا

(قال المصنف لانه رجوع الى قوله لان الجهالة مقارنة الخ) أقول في تمام التقريب كلام فان ارتفاع الجهالة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشتري بانه هذا واحضار البائع فليتامل فانه يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة (قوله فان اقراره صح رجوعا) أقول الاولى أن يقول كما في الهداية فانه أقر بوجوب الالف وتوجيه كلامه ان صح بمعنى ثبت أي ثبت اقراره بوجوب الالف

وقال أبو يوسف ومحمد المقر له اما أن يصدق المقر فى الجهة أو لا فان صدقه فالقول للمقر فى عدم القبض كما سيأتى وان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم أقبضه أو فصل فان وصل فالقول قوله وان فصل لم يصدق لان أول كلامه موجب وآخره قد تغير لانه يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض فكان بيان تغيير وهو انما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله وان أقر أنه باعه متاعا الخ وانما عبر عنه بذلك

ليعلم أن الحكم فى المتاع حكم العبد قوله (وبه لا يتأكد الوجوب) أى بمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشترى لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع فى حيز التردد لانه ربما يهلك المبيع فى يد البائع فيسقط الثمن عن المشترى لكنه يتأكد بالقبض والمدعى يدعى القبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وفى عبارته نظر لان قوله فان وافقه الطالب فى السبب شرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب فى السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه فى بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك ويمكن أن يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه الطالب فى السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له

وقال أبو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه شىء وان فصل لم يصدق اذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد وان أقر أنه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب فى السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول له

التعليل المزبور كلاما آخر وأجاب عنه حيث قال فى تمام التقريب كلام فان ارتفاع الجهالة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشترى بانه هذا واحضار البائع فليتامل فانه يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة انتهى أقول لا الايراد بشىء ولا الجواب أما الاول فلان المقر فيما نحن فيه لما لم يعين العبد فصار مجهولا لم يكلف المقر له باحضار ذلك أصلا بل لم يمكن له احضاره لتعذر احضار المجهول فانى يتصور احضار البائع المبيع ههنا حتى يعترف المشترى بانه هذا وان أحضر المقر له عبدا بعينه من غير تكليف واعترف المقر بان ما اشتراه منه هذا العبد فقد صارت المسئلة من قبيل ما اذا ذكر المقر عبدا بعينه وما نحن فيه بمعزل عنه وأما الثانى فلانه كيف يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراف وقد لزمه الالف بلا عوض عند أبى حنيفة فى هذه المسئلة وان لم يحضر البائع شيأ فهل يؤثر العاقل اعطاء الالف بلا عوض على اعطائه بمقابلة ما أحضره البائع فالظاهر هو الاعتراف عند احضاره بلا ريب (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شىء) وبه قال مالك والشافعى وأحمد رحمهم الله تعالى (وان فصل لم يصدق اذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد) أى اذا كذب المقر له المقر فى الجهة وهى أن يكون ذلك الالف من ثمن عبد (وان أقر) أى ان أقر المقر له (أنه) أى المقر له (باعه) أى باع المقر (متاعا) يعنى ان صدق المقر له المقر فى الجهة بان قال انه باعه متاعا وهو العبد كما أقر به المقر ولكن كذبه فى انكاره قبض المبيع (فالقول قول المقر) سواء وصل أم فصل وانما عبر المصنف ههنا عن المبيع بالمتاع حيث قال وان أقر أنه باعه متاعا وقد كان وضع مسئلة الكتاب فى العبد ليعلم أن الحكم فى المتاع مطلقا هو الحكم فى العبد (ووجه ذلك) أى وجه ما قاله الامامان (أنه) أى المقر (أقر بوجوب المال عليه) أى على نفسه حيث قال له على ألف درهم (وبين سببا) له (وهو البيع) حيث قال من ثمن عبد اشتريته منه (فان وافقه الطالب) يعنى المقر له (فى السبب) وهو البيع (وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض) أى وبمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشترى لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع فى حيز التزلزل لانه ربما يهلك المبيع فى يد البائع فيسقط الثمن عن المشترى وانما يتأكد بالقبض والمقر له يدعى القبض (والمقر ينكره فيكون القول له) أى للمنكر قال صاحب العناية وفى عبارة المصنف نظر لان قوله فان وافقه الطالب فى السبب شرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب فى السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه فى بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك وقال ويمكن أن يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه الطالب فى السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له انتهى كلامه أقول النظر المزبور ساقط جدا فان قول المصنف فيكون القول له صالح لان يكون جوابا للشرط المذكور قطعا ووجود الفاء فيه ليس بمانع عنه أصلا اذ قد تقرر فى علم النحو أن الجزاء اذا كان مضارعا مثبتا

وتسليم الثمن لا يجب الا باحضار المبيع فعلم انه فى حكم المستهلك فكأنه أقر بالقبض ثم رجع (قوله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شىء وان فصل لم يصدق اذا أنكر المقر له أن يكون ذلك

(قوله والموعود هو معنى قوله الخ) أقول بقول الشارح آنفا كما سيأتى (قوله وفى عبارته نظر الى قوله لوجود الفاء الخ) أقول فى أوائل القسم الثالث من المفتاح وان توقف عليه ولا شبهة فى أن الكلام فيه كلام من القبيل الثانى فيتوقف تعريفه على تعريف له سابق ويتسلسل أو يدور وقال السيد الشريف من شراحه دخول الفاء فى قوله فيتوقف فلوقوع الفصل وان كان الفاصل مما يتبين به لزوم الشرط للجزاء انتهى فعلم من هذا جواب نظر الشارح وان

(ولو قال ابتعت منه) وفى بعض النسخ ابتعت منه بيعا أى مبيعا وفى بعضها عينا (الا أنى لم أقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض) ولم يقر بوجوب الثمن لجواز أن يوجد البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض هذا مفهوم كلام المصنف وفيه نظر فانه انما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أولا وليس كذلك كما تقدم فى البيوع قال وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير الخ) ولو قال له على ألف من ثمن خمر أو من ثمن خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند أبى حنيفة وصل أم فصل اذا لم يصدقه المقر له لانه رجوع لانه أقر بوجوب ألف ثم زعم أنه لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقالا اذا وصل لم يلزمه شىء لانه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الايجاب لان الخمر مال يجرى فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها فيحتمل أنه بنى اقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا

وان كذبه فى السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا (ولو قال ابتعت منه بيعا الا أنى لم أقبضه فالقول قوله) بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) ومعنى المسئلة اذا قال لفلان على ألف من ثمن خمر أو خنزير (لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند أبى حنيفة وصل أم فصل) لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا وأول

أو منفيا بلا ففيه الوجهان دخول الفاء عليه وعدم دخوله قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه وعدم الربط فيه ممنوع فان قوله وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره وقع قيدا للشرط المزبور فصار معنى الكلام فان وافقه الطالب فى السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد وجوب الثمن على المشترى وانما يتأكد بالقبض والمقر ينكر القبض فيكون القول له ولا يخفى على ذى فطرة سليمة ان قوله فيكون القول له مربوط بالشرط المزبور ومقيدا بالقيد المذكور وان لم يكن مربوطا به عاريا عن ذلك القيد فلا حاجة الى تقدير جزاء محذوف كما تمحله ذلك الشارح (وان كذبه) أى وان كذب الطالب المقر (فى السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه) وهو قوله له على ألف درهم (للوجوب مطلقا) رجوعا عن كلمة على (وآخره) أى آخر كلامه (يحتمل انتفاءه) أى انتفاء الوجوب (على اعتبار عدم القبض) فصار مغيرا المقتضى أول كلامه (والمغير يصح موصولا لا مفصولا) كالاستثناء (ولو قال ابتعت منه بيعا) أى مبيعا وفى بعض النسخ عينا (الا أنى لم أقبضه فالقول قوله) أى قول المقر (بالاجماع) ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدورى وقال فى تعليلها (لانه ليس من ضرورة البيع القبض) يعنى ان المقر ههنا انما أقر بمجرد العقد والاقرار بالعقد لا يكون اقرارا بالقبض اذ ليس من ضرورة البيع قبض المبيع حتى يجب الثمن على المشترى (بخلاف الاقرار بوجوب الثمن) فان من ضرورته القبض قال صاحب العناية هذا مفهوم كلام المصنف وفيه نظر فانه انما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أولا وليس كذلك كما تقدم فى البيوع انتهى أقول وهذا النظر أيضا ساقط اذ الظاهر أن مراد المصنف ههنا هو الاقرار بوجوب الثمن فى المبيع الغير المعين اذ هو المختلف فيه المحتاج الى الفرق وقد تقرر أن انكار القبض فى غير المعين ينافى الوجوب أصلا فلا بد فى نفاذ الاقرار بوجوب الثمن فى المبيع الغير المعين من قبضه فكان من ضرورته القبض (قال) أى القدورى فى مختصره (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) قال المصنف (ومعنى المسئلة) أى معنى المسئلة التى ذكرها القدورى (اذا قال لفلان على ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره) يعنى قوله من ثمن خمر أو خنزير (عند أبى حنيفة وصل أم فصل لانه) أى لان تفسيره (رجوع) عن اقراره (لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا) على المسلم (وأول

من ثمن عبد) أى صدقه فى الاصل وكذبه فى الجهة وان أقر انه باعه متاعا أى صدقه فى الاصل والجهة بان أقر انه باعه عبدا فالقول قول المقر وحاصل مذهبهما انه ان صدقه المقر له فى أن ذلك من ثمن عبد يصدق وصل أم فصل وان كذبه فى ذلك لم يصدق الا اذا كان موصولا ووجه ذلك انه أقر بوجوب المال وبين له سببا فاذا صدقه المقر له فى ذلك السبب ثبت السبب بتصادقهما ثم المال بهذا السبب يكون واجبا قبل القبض ولكن انما يتأكد بالقبض والمقر ينكر فجعلنا القول قوله فى انكاره القبض وان كذبه فى السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا المقتضى أول الكلام لان مقتضى أول كلامه أن يكون مطالبا بالمال للحال ولكن احتمل أن لا يكون مطالبا به حتى يحضر العبد وبيان التغيير يصح موصولا ولا يصح مفصولا (قوله وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) ومعنى المسئلة اذا قال لفلان على ألف درهم من ثمن الخمر أو الخنزير وانما قال ومعنى المسئلة بيانا

(قال المصنف بخلاف الاقرار بوجوب الثمن الخ) أقول المراد هو الاقرار بوجوب الثمن فى المبيع الغير المعين فان انكار القبض فيه ينافى الوجوب أصلا كما سبق فليتامل أو المطلق ينصرف الى الكامل فيكون المراد الوجوب المتأكد (قال المصنف ومعنى المسئلة الى قوله وصل أم فصل) أقول يجوز التوكيل بشراء الخمر عند أبى حنيفة فيجوز أن يضيف الاقرار الى الموكل كما سبق من الشراح فى فصل الاقرار للحمل نظير هذا لكن وضع المسئلة فيما اذا كان كل من المقر والمقر له مسلما (قال المصنف لانه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الايجاب) أقول يعنى الايجاب الشرعى (قوله فيحتمل أنه بنى اقراره على هذه العادة) أقول يعنى وحسب أنه يجب الثمن به

كلامه للوجوب (وقالا اذا وصل لا يلزمه شئ) لانه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الايجاب وصار كما اذا قال فى آخره ان شاء الله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال (ولو قال له على ألف من ثمن متاع أو قال أقرضنى ألف درهم ثم قال هى زيوف أو نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد فى قول أبى حنيفة وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق)

كلامه وهو قوله على ألف (للوجوب) والرجوع عن الاقرار باطل (وقالا) أى قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (اذا وصل لا يلزمه شئ لانه) أى المقر (بين بآخر كلامه أنه ما أراد به) أى باول كلامه (الايجاب) لانه يحتمل أنه بنى اقراره على عادة الفسقة فان الخمر مال يجرى فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا كذا فى الشروح أقول هذا الاتمشى فيما اذا قال من ثمن خنزير لانه لا يحتمل فى هذه الصورة أن يبنى اقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما فى صورة ان قال من ثمن خمر اذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا أداء ثمنه أصلا فضلا عن اعتيادهم بذلك وأما عادة الكفار فلا تصلح لان تجعل مبنى الكلام لان الكلام فى المسلم كما لا يخفى والدليل الذى ذكره المصنف ههنا من قبلهما مسوق للصورتين معا فلا يتم التقريب (وصار) أى صار آخر كلامه فيما نحن فيه (كما اذا قال فى آخره ان شاء الله) فانه يصدق هنالك اذا وصل فكذا ههنا أجاب المصنف عن هذا القياس بقوله (قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال) يعنى أن قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا نوقف عليه والتعليق بالشرط من باب بيان التغيير فيصح موصولا وما نحن فيه ابطال والابطال لا يكون بيانا فلم يصح وان كان موصولا أقول فيه كلام من وجهين أحدهما ان المصنف قال فى مسئلة الاستثناء بمشيئة الله ان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال أو تعليق وقد بيناه هنالك أن المذكور فى بعض الكتب المعتبرة أن الاول مذهب أبى يوسف والثانى مذهب محمد وفى بعضها ان الامر بالعكس فاياما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما بكون ذاك أيضا ابطالا وثانيهما أن المصنف قال هنالك فان كان الاول يعنى الابطال فقد بطل وان كان الثانى يعنى التعليق فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط أو لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا فى الطلاق فحصل منه أن الاستثناء بمشيئة الله وان كان تعليقا فى أصله الا أنه ليس بتعليق فى باب الاقرار بل هو ابطال على كل حال فكيف يتم قوله ههنا ذاك تعليق وهذا ابطال ويمكن أن يجاب عن الاول بان الجواب المذكور ههنا من قبل أبى حنيفة يصير الزاميا بالنسبة الى من قال منهما بكون ذلك ابطالا ولا يجب أن يكون الجواب الزاميا بالنسبة الى كل واحد منهما وعن الثانى بان الاستثناء بمشيئة الله وان لم يكن فى باب الاقرار تعليقا حقيقة لا أنه فى صورة التعليق وهذا القدر يكفى فى قدح قياس هذه المسئلة على مسئلة ما اذا قال فى آخره ان شاء الله فان هذه المسئلة ليست بتعليق لا صورة ولا معنى وانما هى ابطال محض وأما تلك المسئلة فتعليق صورة وان كانت ابطالا معنى فافترقتا تامل واعلم أن القدورى لم يذكر فى مختصره خلافا فى هذه المسئلة وانما ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى فاخذ المصنف منه ثم اعلم أن الخلاف المذكور فيما اذا كذبه الطالب وأما اذا صدقه فى ذلك فلا يلزمه شئ فى قولهم جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال من ثمن خمر أو ميتة أو دم صرح به شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه وذكر فى بعض الشروح (ولو قال له على ألف) أى ألف درهم (من ثمن متاع أو قال أقرضنى ألف درهم ثم قال هى زيوف) جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويرده بيت المال (أو نبهرجة) وهى دون الزيوف فانها مما يرده التجار أيضا (وقال المقر له جياد لزمه الجياد فى قول أبى حنيفة وقالا) أى قال أبو يوسف ومحمد (ان قال موصولا) أى ان ذكر قوله هى زيوف أو نبهرجة موصولا بكلامه السابق (يصدق وان قال مفصولا) أى ان ذكر ذلك مفصولا عنه (لا يصدق) هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير أقول تحريرها على النمط المذكور لا يخلو عن

لاسم الاشارة فى قوله وكذا لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند أبى حنيفة رحمه الله وصل أم فصل لانه رجوع فثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم فاول كلامه يدل على الوجوب والرجوع لا يعمل وصل أم فصل

فصار كما اذا قال فى آخره ان شاء الله وأجاب بان ذلك تعليق لان صيغته وضعت له والتعليق بين أهل اللسان متعارف كالارسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الارسال فمع صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا ولو قال له على ألف من ثمن أو متاع أو أقرضنى ألفا وبين أنها زيوف أو نبهرجة وقال المقر له هى جياد لزمه الجياد عند أبى حنيفة وقالا ان قال ذلك موصولا صدق والا فلا وعلى هذا الخلاف اذا قال هى ستوقة أو رصاص لكن على أحد قولى أبى يوسف فان فى رواية عنه لا يصدق وان وصل

(قوله وهذا ابطال والابطال رجوع الخ) أقول يخالف ظاهر ما سبق فى الاستثناء بان شاء الله من قوله فان كان الاول فقد بطل الا أن يقال كان ذلك قول أبى يوسف (قوله فان فى رواية عنه لا يصدق الخ) أقول يعنى لا يصدق فى الستوقة والرصاص وأيضا اذا أقر بالفلوس لا يصدق فى الفلوس الكاسدة

وعلى

وعلى هذا الخلاف اذا قال هى ستوقة أو رصاص وعلى هذا اذا قال الا أنها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان على ألف درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا أن مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا أنها وزن خمسة

نوع قصور فان قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة أن يلزمه الجياد سواء وصل قوله هى زيوف أو نبهرجة أم فصل كما صرح به ويقتضيه بيان الخلاف الا أن كلمة ثم فى قوله ثم قال هى زيوف أو نبهرجة يدل على الفصل كما لا يخفى فتوهم اختصاص قول أبى حنيفة بصورة الفصل ولا خلاف فيها بين صاحبيه فالظاهر أن يذكر الواو بدل ثم كما وقع فى كلام الحاكم الشهيد فى الكافى حيث قال فى باب الاقرار بالزيوف واذا أقر الرجل بالف درهم دين من قرض أو ثمن مبيع وادعى أنها زيوف أو نبهرجة لم يصدق فى قول أبى حنيفة وصل أم فصل وقال أبو يوسف ومحمد ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى وعلى هذا نص محمد فى الاصل قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا قال هى) أى الالف (ستوقة) وهى أردأ من النبهرجة (أو رصاص) أى أو قال هى رصاص فلا يصدق عند أبى حنيفة وصل أم فصل ويصدق عندهما ان وصل لكن هذا على احدى الروايتين عن أبى يوسف وفى رواية أخرى عنه لا يصدق ههنا وان وصل كما قاله أبو حنيفة كذا فى شرح الجامع الصغير للامام قاضيخان والامام التمرتاشى (وعلى هذا) أى على هذا الخلاف (اذا قال الا أنها زيوف) بكلمة الاستثناء وعلى هذا الخلاف (اذا قال لفلان على ألف درهم زيوف) بالجر وتجرى الصفة على المجرور المعدود دون العدد كقوله تعالى سبع بقرات سمان كذا فى معراج الدراية أقول فلا بد من توجيه وصف المفرد بالجمع فتأمل (من ثمن متاع) هذا تتمة كلام المقر (لهما) أى لابى يوسف ومحمد فى هذه الصورة الخلافية (أنه) أى ما قاله المقر آخرا (بيان مغير) لما قاله أولا (فيصح موصولا) أى بشرط الوصل (كالشرط والاستثناء) فان كل واحد منهما يصح موصولا لا مفصولا لكونه بيان تغيير (وهذا) أى كون آخر كلام المقر فيما نحن فيه بيانا مغيرا (لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته) فان الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء فى الصرف أو السلم ولا يصير استبدالا (والستوقة بمجازه) أى ويحتمل الستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فامكن أن يتوقف صدر الكلام على عجزه (الا أن مطلقه) أى مطلق اسم الدراهم (ينصرف الى الجياد) لان بياعات الناس تكون بالجياد عادة (فكان) أى فكان ذكر الزيوف أو الستوقة فى آخر الكلام (بيانا مغيرا) لما اقتضاه أول الكلام (من هذا الوجه) أى من الوجه المذكور فانه كان بيانا من جهة الاحتمال ومغيرا من جهة مخالفة العادة فصح موصولا (وصار) أى صار حكم هذا (كما اذا قال الا أنها وزن خمسة) أو ستة ونقد البلد وزن سبعة صدق ان كان موصولا ولم يصدق ان كان مفصولا أقول لو تعرض المصنف فى أثناء التعليل لذكر النبهرجة أيضا لكان

كما لو قال على ألف درهم من ثمن متاع باعنيه الا أنى لم أقبض فانه لا يصدق فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما اذا وصل صدق ولا يلزمه شئ لانه بين بآخر كلامه انه ما أراد به الايجاب فصار كما اذا قال فى آخره ان شاء الله تعالى قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال أى قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب التغيير فيصح موصولا لان الارسال والتعليق كل واحد منهما متعارف بين أهل اللسان فكان ذلك من باب البيان لا من باب الرجوع ووجوب المال عليه من حكم ارسال الكلام فمع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار بوجوب المال لا يصح (قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته) لانه من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء فى الصرف والسلم ولا يصير استبدالا الا أن مطلق الدراهم يتناول الجياد ولان بياعات الناس تكون بالجياد فكان مغيرا للاصل فلذلك يشترط الوصل

وعلى هذا اذا قال له على ألف درهم الا أنها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا اذا قال له على ألف درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا أطلق ينصرف الى الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به فى الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالا والستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه فاذا ذكرها آخرا كان بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما اذا قال الا أنها وزن خمسة ولابى حنيفة أن هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخلا تحت العقد لكون دعواه بيانا بل يكون رجوعا عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشترى سليما كان القول للمشترى لما بينا ان مطلق العقد يقتضى السلامة

(قال المصنف وعلى هذا الى قوله فيصح الخ) أقول قال فى النهاية ومعراج الدراية فان قيل استثناء الوصف لا يصح بالاجماع فكيف صحا استثناء الزيافة منها فلنا صحا ذلك من حيث المعنى ومن حيث المعنى الزيافة عين ليست بوصف فان قوله على ألف من ثمن متاع الا أنها زيوف بمنزلة قوله الا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف وهنالك صح هذا الاستثناء موصولا بالاجماع وهذا فى معناه فينبغى أن يصح فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله فى الحنطة الا أنها ردية اليه أشار فى الاسرار والفوائد الظهيرية اه وفيه بحث إذ حينئذ ينبغى أن يقبل اذا فصل فتأمل

وُالستوقة ليست من جنس الاثمان والبيع يردعلى الثمن) فلم يكن من محتملات العقد (فكان) دعواها (رجوعا) قال (وقوله الا أنها وزن خمسة)
جواب عما استشهد به ووجهه أنه ليس مما نحن فيه لانه يصح أن يكون استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة فانها وصف

ولابي حنيفة ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشترى بعتنيه سليما فالقول للمشترى لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يردعلى الثمن فكان رجوعا وقوله الا أنها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لايجوز كاستثناء البناء فى الدار

أو جه لانها مذكورة أيضا فى أصل المسئلة فان قلت النبهرجة كالزيوف فى كونها من جنس الاثمان كما صرح به فى مسائل شتى من كتاب القضاء فيجوز أن يكتفى فى التعليل بذكر حال الزيوف قلت رداءة النبهرجة دون رداءة الزيوف كما نبه عليه هنالك أيضا فكان الاولى الاكتفاء بذكر حال الادنى ليعلم به حال مافوقه بالاولوية ثم أقول ان قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه لايساعده ماذكر فى معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس وغيرهما فان المذكور فيها درهم ستوق وتستوق أى زيف نبهرج فكيف يكون اسم الدراهم حقيقة فى المفسر مجازا فى المفسر فتامل (ولابي حنيفة ان هذا) أى ماقاله المقر آخرا (رجوع) عما أقر به أولا ودعوى أمر عارض فلا يقبل وان وصل وذلك (لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب) لان موجبه سلامة البدل المستحق به عن العيب (والزيافة عيب) فى الدراهم (ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه) أى عن بعض موجب العقد فاذا ادعى أنها زيوف فقد أراد ابطال ماهو المستحق بالعقد فلا يصدق وان وصل (وصار) حكم هذا (كما اذا قال) البائع (بعتكه معيبا وقال المشترى بعتنيه سليما فالقول) هنالك (للمشترى لما بينا) أن مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب فكذا ههنا فحاصل اختلافهم راجع الى أن الدراهم الزيوف هل هى داخلة فى مطلق اسم الدراهم أم لا فابو حنيفة رجح جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيافة رجوعا عما أقر أولا بمطلق الدراهم وهما أدخلاها تحت مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف حتى كان دعوى الزيافة بعد ذكر اسم الدراهم بيان تغيير كما فى الشرط والاستثناء كذا فى الاسرار وغيره (والستوقة ليست من الاثمان) أى ليست من جنس الاثمان (والبيع يردعلى الثمن) فلم تكن الستوقة من محتملات العقد (فكان) أى فكان قوله الآخر (رجوعا) عما أقر به أولا أى فكان دعوى الستوقة بتأويل الادعاء رجوعا عن ذلك فلم يصح مفصولا ولا موصولا (وقوله الا أنها وزن خمسة يصح استثناء) هذا جواب عما استشهدا به تقريره ان ذلك ليس مما نحن فيه لانه يصح أن يكون استثناء (لانه مقدار) واستثناء بعض المقدار صحيح لان أول الكلام يتناول القدر فكان استثناء الملفوظ وهو صحيح بلا ريب (بخلاف الجودة) أى بخلاف ما اذا قال الا أنها زيوف فان فى قوله الا أنها زيوف استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب فى الذمة والجودة وصف فلا يصح استثناؤها (لان استثناء الوصف لايجوز) لعدم تناول صدر الكلام اياه قصدا بل تبعا (كاستثناء البناء فى الدار) على مامر بيانه قال فى النهاية ومعراج الدراية فان قيل استثناء الوصف لايصح بالاجماع فكيف صحح أبو يوسف ومحمد استثناء الزيافة من الدراهم قلنا صحا ذلك من حيث المعنى والزيافة من حيث المعنى عين لا وصف فان قوله لفلان على ألف من ثمن متاع الا أنها زيوف صار بمنزلة قوله الا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف وهنالك صح هذا البيان موصولا بالاجماع وهذا فى معناه فينبغى أن يصح فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله فى الحنطة الا أنها رديئة الى هذا أشار فى الاسرار والفوائد الظهيرية انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية ومعراج

وكذا الستوقة تسمى دراهم مجازا والنقل من الحقيقة الى المجاز بيان فيه تغيير فصح وصار كما لو قال الا انها وزن خمسة أو ستة ونقد بدرهم وزن سبعة صدق ان وصل (قوله فالقول للمشترى لما بينا) أى أن مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب (قوله لان استثناء الوصف لايجوز كاستثناء البناء فى الدار) لان الصفة

واستثناء الوصف لايجوز كاستثناء البناء فى الدار فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كرحنطة من ثمن عبد الا أنها رديئة لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد أجاب بقوله لان الرداءة نوع لاعيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعا للتحكم أجيب بان الرداءة فى الحنطة منوعة لاعيب وفى الدراهم عيب لان العيب مايخلو عنه أصل الخلقة السليمة والحنطة قد تكون رديئة فى أصل الخلقة وان كان نوعا لم يكن مقتضى مطلق العقد لانه لادلالة له على نوع دون نوع ولهذا لايصح الشراء بالحنطة (قال المصنف بخلاف الجودة) أقول أى بخلاف ما اذا قال الا أنها زيوف فان فيه استثناء الدراهم الجيدة عن الوجوب فى الذمة والجودة صفة ولا يصح استثناء الوصف كذا فى شرح الكاكى وحينئذ كان المناسب فى فصل الحنطة لان الجودة بدل قوله لان الرداءة لكن المصنف تفنن فذكر فيه المستثنى الصورى ثم اعلم أن فى دعوى رداءة الحنطة يصدق موصولا ومفصولا لانه بيان تغيير للمجمل وتمام التفصيل يطلب فى غاية البيان (قوله أجيب بان الرداءة الخ) أقول هذا ليس على اطلاقه كما سيجىء فى بخلاف الصحيفة الثانية (قوله لم يكن مقتضى مطلق العقد) أقول أى لم يكن ماتخالفه أعنى الجودة (قوله فليس فى بيانه تغيير) أقول بل فيه تفسير مجمل

بخلاف ما اذا قال على كرحنطة من ثمن عبد الا أنها رديئة لان الرداءة نوع لاعيب فمطلق العقد لايقتضى السلامة عنها

الدراية وههنا بحث اذ حينئذ ينبغى أن يقبل اذا فصل فتامل أقول بحثه ليس بشئ لان هذا البيان وان كان عندهما بيان نوع للدراهم الا أنه بيان تغيير بناء على أن مطلق العقد يقتضى السلامة والجودة عرفا فكان استثناء نوع الزيوف من الدراهم تغييرا لمقتضى العقد فكان بيان تغيير من هذا الوجه كما مر وبيان التغيير لايصح الا موصولا وانما وقع ذلك الفاضل فى الغلط من قول صاحبى النهاية ومعراج الدراية فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله فى الحنطة الا أنها رديئة فان قوله الا أنها رديئة يقبل وان فصل كما صرحوا به الا أن مرادهما أن ذلك بمنزلة قوله فى الحنطة الا أنها رديئة فى مجرد كونه نوعا لا وصفا لا فى الاتحاد فى جهة البيان كيف وقد صرحوا بان هذا بيان تغيير وذاك بيان تفسير قال المصنف رحمه الله (بخلاف ما اذا قال على كرحنطة من ثمن عبد الا أنها رديئة لان الرداءة نوع) أى منوعة (لا عيب) لان العيب مايخلو عنه أصل الفطرة والحنطة قد تكون رديئة فى أصل الخلقة فكانت الرديئة نوعا منها ولهذا قالوا لو اشترى حنطة مشارا اليها فوجدها رديئة لم يكن له خيار الرد بالعيب (فمطلق العقد لايقتضى السلامة عنها) أى عن الرداءة اذ ليس لمطلق العقد مقتضى فى نوع دون نوع ولهذا لايصح الشراء بالحنطة مالم يبين أنها جيدة أووسط أورديئة فليس فى بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولا ومفصولا كذا فى المبسوط وغيره وقال صاحب العناية فى شرح هذا المقام فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كرحنطة من ثمن عبد الا أنها رديئة لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد أجاب بقوله لان الرداءة نوع لاعيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعا للتحكم أجيب بان الرداءة فى الحنطة منوعة لاعيب وفى الدراهم عيب انتهى أقول فيه نظر لان مفاد الجواب الثانى أن الرداءة فى الدراهم عيب وفى الحنطة ليست بعيب لانها فى الدراهم وصف وفى الحنطة ليست بوصف فلا يندفع به أصل السؤال لان حاصله نقض القول بان استثناء الوصف لايجوز بجواز استثناء وصف الرداءة فى الحنطة على أنه لا يندفع به السؤال الثانى أيضا لان حاصله طلب الفرق بين رداءة الحنطة وجودة الدراهم ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رداءة الحنطة ورداءة الدراهم ثم أقول الباعث على شرحه المقام بالوجه المزبور هو أنه حسب أن قول المصنف رحمه الله بخلاف ما اذا قال على كرحنطة الخ متعلق بما ذكره فى قبيله وهو قوله لان استثناء الوصف لايجوز كاستثناء البناء فى الدار فوقع فيما وقع ولكن لايذهب على ذى فطرة سليمة أن قوله المذكور متعلق بما ذكره فى أوائل دليل أبى حنيفة رحمه الله وهو قوله لان مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب والزيافة عيب يرشد اليه قطعا قوله ههنا فمطلق العقد لايقتضى السلامة عنها بعد قوله لان الرداءة نوع لاعيب ثم أقول وأما السؤال الذى ذكره الشارح المذكور بقوله فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كرحنطة من ثمن عبد الا أنها رديئة فجوابه أن يقال ليس هنالك استثناء حقيقة وانما قوله الا أنها رديئة بيان وتفسير للحنطة فى قوله على كرحنطة فى صورة الاستثناء يرشد اليه أن صاحب الكافى قال فى تقرير هذه المسئلة بخلاف مالو قال له على كربر من ثمن مبيع أو قرض ثم قال هو ردىء فالقول قوله فى ذلك وصل أم فصل لان الرداءة ليست بعيب فى البر انتهى حيث بدل قوله الا أنها رديئة هو ردىء تنبيها على انه ليس مطمح النظر فى هذه المسئلة صيغة الاستثناء بل ان الرداءة فى مثل البر ليست بعيب فظهر أن جعل قول المصنف لان الرداءة نوع لاعيب جوابا عن السؤال المزبور من ضيق العطن فان قلت للسؤال المزبور جواب آخر أظهر مما ذكرته وهو أن قوله الا أنها رديئة ليس لاستثناء الوصف وهو الرداءة بل لاستثناء العين وهو الحنطة الرديئة فالمراد استثناء نوع من الحنطة وهو صحيح بلا ريب فلم تركت هذا الجواب قلت لانه ينتقض

ليست مما يتناوله اسم الدراهم حتى استثنى وانما ثبت وصف الجودة لمقتضى مطلق العقد (قوله لان الرداءة نوع لاعيب) فان العيب مايخلو عنه أصل الفطرة والحنطة قد تكون رديئة فى أصل الخلقة فهو فى معنى بيان

مالم يتبين أنها جيدة أووسط أورديئة فليس فى بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولا كان أومفصولا

وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض أنه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر أن التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق) بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها (وقيل لا يصدق) لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل) لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له

على أصل أبي حنيفة بما اذا قال الا أنها زيوف فانه لا يقبل عنده مع جريان أن يقال انه ليس لاستثناء الوصف وهو الزيافة بل لاستثناء العين وهو الدراهم الزيوف ونحن الآن بصدد تتميم قول أبي حنيفة فلا مجال للتشبث بذلك الجواب ههنا فتدبر (وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول) المراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط و يعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (أنه يصدق في الزيوف اذا وصل) يعني في القرض كذا وقع في النهاية وقد وقع التصريح بهذا القيد في بعض النسخ بأن قال وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني اذا قال لفلان على ألف درهم قرض هي زيوف يصدق عنده في غير رواية الاصول اذا وصل قوله هي زيوف بقوله ألف درهم قرض أما اذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات (لان القرض يوجب مثل المقبوض) يعني أن المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض (وقد يكون) المقبوض في القرض (زيفا كما في الغصب) فالواجب حينئذ الزيف لان القرض يقضى بالمثل كالغصب فيصدق فيه كما يصدق في الغصب أقول لقائل أن يقول هذا التعليل يقتضى أن يصدق في الزيوف في القرض وصل أم فصل كما في الغصب على ما سيأتي مع انه لا يصدق في صورة القرض اذا فصل باتفاق الروايات كما صرحوا به (ووجه الظاهر) أي وجه ظاهر الرواية (أن التعامل بالجياد) يعني أن المتعارف في التعامل هو الجياد والمطلق ينصرف الى المتعارف (فانصرف مطلقه) أي مطلق القرض (اليها) أي الى الجياد فيجب عليه الجياد وبعد ذلك لا تقبل دعوى الزيافة لانه رجوع عما أقر به (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض) أي لو أرسل ولم يبين الجهة وادعى أنها زيوف (قيل يصدق بالاجماع) يعني اذا وصل (لان اسم الدراهم يتناولها) أي يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد (وقيل لا يصدق) قائل هذا هو الكرخي كما صرح به الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير أي لا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل وأما عندهما فيصدق اذا وصل ولا يصدق اذا فصل لفصل المعنى وقيل هو على الاختلاف السابق أيضا كما صرحوا به (لان مطلق الاقرار) بالدين (ينصرف الى العقود) أي الى الالزام بسبب العقود (لتعينها مشروعة) أي لكونها هي المشروعة (لا الى الاستهلاك المحرم) أي لا ينصرف الى الالزام بسبب الاستهلاك المحرم اذ لا يجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن فصار هذا وما بين سبب التجارة سواء قال في الفتاوى الصغرى ولو أرسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه أبو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال هو على هذا الاختلاف ومنهم من قال ههنا يصدق اجماعا لان الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال انتهى (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني) أي أودعني ألفا (ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف في تعليلها (لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له)

النوع وليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين انها جيدة أو وسط أو ردية ألا ترى انه لو قال بعتك هذه الحنطة وأشار اليها والمشترى كان رآها فوجدها ردية ولم يكن علمها لم يكن له خيار الرد بالعيب ولو قال بعتك بهذه الدراهم وأشار اليها وهي زيوف ولم يعلم بها البائع استحق مثلها جيادا لا زيافة فيها فعلم أن الزيافة عيب (قوله وقيل لا يصدق) أي عند أبي حنيفة رحمه الله (قوله فلا مقتضى له

وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض أنه يصدق في الزيوف اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر أن التعامل بالجياد والجياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف الى المتعارف والمراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يبين الجهة) قال الفقيه أبو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال (يصدق بالاجماع اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها) ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقال الكرخي هو على الاختلاف (وقيل لا يصدق) عنده مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه تجارة سواء (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني ألفا ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له

(قال المصنف وقيل الى قوله ينصرف الى العقود الخ) أقول أي عند أبي حنيفة وصل أم فصل وعندهما يصدق اذا وصل لانه بيان في

في الجياد ولا تعامل) في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف الاستقراض فان التعامل فيه بالجياد كما مر (فيكون بيان النوع فيصح وان كان مفصولا) وفيه نظر لانه قد تقدم في قول أبي حنيفة ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل أصلا فلا أقل من أن يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا ويمكن أن يجاب عنه أنا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون منوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز أن يكون منوعا وعيبا والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنها تنافيها تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضها كانت نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله اياهما احتمال الجنس الانواع هذا والله اعلم بالصواب (قوله ولهذا) أي ولاجل أن لا مقتضى له في الجياد لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له فان

تغيير ثم أقول يشبه أن يكون القول الاول لمحمد والثاني لابي يوسف كما مر في مسئلة ابهام الاقرار للحمل في الورق السابق (قوله في الجهة الموجبة لها) أقول أي للموصوف وأنث الضمير بتاويل كون ذلك الموصوف دراهم وما يشبهها (قوله والا كانت نوعا) أقول أي منوعا

في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله

أي لواحد من الغصب والايداع (ولا تعامل) بخلاف البيع فان عقد البيع يقتضيها في الجياد أي ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف القرض فان التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الاقرار بغصب الالف أو ايداعها تغيير الاول كلامه (فيكون بيان النوع فيصح وان فصل) قال صاحب العناية وفيه نظر لانه قد تقدم في قول أبي حنيفة ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل أصلا فلا أقل من أن يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا انتهى أقول هذا النظر في غاية السقوط لانه انما يلزم من كون الزيافة عيبا في الدراهم كون ذكر الزيوف رجوعا أو بيانا مغيرا ان لم يتناول أول كلام المقر المعيوب وغير المعيوب على السواء بل كان مخصوصا بغير المعيوب وهو الجياد اما من جهة تحقق المقتضى كما في البيع أو التعامل كما في القرض واذ قد تبين في التعليل المذكور عدم تحقق مقتضى الجياد ولا التعامل بها في الغصب والايداع تعين تناول أول كلام المقر الجياد والزيوف على السواء فلم يكن ذكر الزيوف في آخر كلامه رجوعا عما أقر به أصلا ولا بيانا مغيرا في شئ بل كان بيان النوع قطعا وقال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بانا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون منوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز أن يكون منوعا وعيبا والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنها تنافيها تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله اياهما احتمال الجنس الانواع هذا انتهى كلامه أقول هذا كلام خال عن التحصيل أما أولا فلان الزيافة في الدراهم مما لا يكون الموصوف به متصفا بها من حيث الخلقة أصلا اذ هي أمر عارض للدراهم تخلو عنها الدراهم في أصل خلقتها وانما التي قد يكون الموصوف به متصفا بها من حيث الخلقة هي الرداءة في الحنطة كما مر وهي بمعزل عما نحن فيه فلا معنى لخلط ذلك ههنا وأما ثانيا فلان ما ذكره في الضابط من أن الجهة الموجبة للدراهم ان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا ليس بمعقول المعنى لان كون الزيافة في الدراهم عيبا أمر مقرر غير تابع لاقتضاء الجهة الموجبة لها السلامة وانما تأثير اقتضائها السلامة عند أبي حنيفة في اخراج الدراهم الموصوفة بذلك العيب عن مطلق اسم الدراهم المذكورة في تلك الجهة لا في جعلها معيوبة وكذلك في كون الزيافة نوعا أي منوعة ليس بتابع لعدم اقتضاء الجهة السلامة بل الزيافة كالجودة منوعة على كل حال فان الجياد والزيوف نوعان من مطلق الدراهم قطعا سواء اقتضت الجهة السلامة أم لا وأما ثالثا فلانه ان أراد بقوله واذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم انهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم ولم تكن الزيافة عيبا فهو ممنوع بل الزيافة عيب على كل حال وكونها نوعا لا ينافي كونها عيبا فان كون بعض الانواع معيوبا بالنسبة الى البعض الآخر ليس بعزيز وانما لا تكون عيبا لو كانت في أصل خلقة الدراهم وليست كذلك وان أراد بذلك انهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم وان كانت الزيافة عيبا أيضا فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور بما ذكره أصلا كما لا يخفى على الفطن قال المصنف (ولهذا) أي ولاجل أن لا مقتضى له في الجياد ولا تعامل (لو جاء راد المغصوب) وهو الغاصب (والوديعة) أي وراد الوديعة وهو المودع (بالمعيب) متعلق بجاء أي لو جاء رادهما بالمعيب (كان القول له) أي للراد فان الاختلاف متى

في الجياد ولا تعامل) اما لا مقتضى فلما ذكر أن المقتضى هو عقد المعاوضة ولم يوجد وقوله لا تعامل اشارة الى الجواب عن فصل القرض فان في القرض ان لم يوجد المقتضى فقد وجد التعامل والناس انما يتعاملون بالجياد

(قوله لما اقتضتها تقيدت بها) أقول يعني لما اقتضت السلامة تقيدت بالسلامة (قوله فلا يمكن أن تكون الزيادة نوعا منها) أقول فيه شئ الا أن يراد بالضمير الراجع اليها السليمة على طريق الاستخدام

وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلابد من الوصل (وان قال في هذا كله ألفا ثم قال الا أنه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق) لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه

وقع في صفة المقبوض كان القول للقابض ضمينا كان أو أمينا (وعن أبي يوسف انه لا يصدق فيه) أي في الغصب لا في الوديعة كما صرح به (مفصولا) أي اذا ادعى الزيافة مفصولا (اعتبارا بالقرض) أي قياسا عليه (اذ القبض فيهما) أي في الغصب والقرض (هو الموجب للضمان) يعني أن الجامع بينهما كون الموجب للضمان هو القبض وجوابه يفهم مما تقرر تدبر (ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق) هذه المسئلة مما ذكروه في شروح الجامع الصغير تفريعا على المسئلة المارة قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان قال هي ستوقة أو رصاص صدق ان وصل ولم يصدق اذا فصل يعني في الغصب والوديعة وذلك لانها ليست من جنس الدراهم حقيقة وان كانت من جنسها صورة فصار ارادتها باسم الدراهم كارادة المجاز باسم الحقيقة واذا بين انه أراد باللفظ المجاز موصولا قبل والا فلا انتهى وعلل المصنف هذه المسئلة بما علل به الامام الاسبيجابي فقال (لان الستوقة ليست من جنس الدراهم) أي ليست من جنسها حقيقة ولهذا لا يجوز التجوز بها في باب الصرف والسلم (لكن الاسم) أي اسم الدراهم (يتناولها) أي يتناول الستوقة (مجازا) للمشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة (فكان بيانا مغيرا) لما اقتضاه أول كلامه لان أول كلامه يتناول الدراهم صورة وحقيقة وبآخر كلامه بين أن مراده الدراهم صورة لا حقيقة (فلابد من الوصل) لان بيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بخلاف ما سبق لان الزيوف والنبهرجة دراهم صورة وحقيقة فليس في بيانه تغيير لاول كلامه فصح موصولا ومفصولا (وان قال في هذا كله) أي فيما ذكر من البيع والقرض والغصب والايداع (ألفا ثم قال الا أنه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف في تعليلها (لان هذا استثناء المقدار) أي استثناء لبعض ما أقر به من المقدار (والاستثناء يصح موصولا) لا مفصولا فيه يرا الكلام عبارة عما وراء المستثنى (بخلاف الزيافة لانه وصف) أي لان الزيافة وصف ذكر الضمير باعتبار الوصف (واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو) أي الاستثناء (تصرف لفظي كما بينا) فيما مر فيصح في متناول اللفظ دون غيره (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام) أي لضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس أو أخذ السعال أو ما أشبه ذلك (فهو واصل) أي هو في حكم الواصل حتى يصح استثناؤه (لعدم امكان الاحتراز عنه) لان الانسان قد يحتاج الى أن يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا قال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير ولو فصل بينهما بفصل بطريق الضرورة بان انقطع عنه الكلام ثم وصل فعن أبي يوسف أنه يصح استثناؤه وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر أن يتكلم به

فينصرف الى الجياد ولم يوجد التعامل هنا فلا ينصرف الى الجياد (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض) أي اذا قال غصبت الفا ثم قال هي زيوف لم يصدق اذا فصل كما في القرض (قوله اذ القبض فيهما) أي في الغصب والقرض على رواية الاصل مثل البيع وفي البيع لا يفصل فكذا في القرض والغصب مثل القرض لانه انما وجب الضمان فيهما بالقبض فلا يصدق فيه أيضا (قوله يتناولها مجاز) المشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة (قوله ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام)

الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان أو أمينا وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ الموجب للضمان فيهما هو القبض وهو موجود فيهما ولو أقر بالغصب والوديعة ثم قال هي ستوقة أو رصاص موصولا صدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم كما مر لكن كلامه يحتمله مجازا فكان بيانا مغيرا فلابد من الوصل (ولو قال في هذا كله) يعني المذكور من البيع والقرض والغصب (ألفا الا أنه ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء مقدار) وقد تقدم بيانه (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل) لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكن أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم الاحتراز عنه

(قال المصنف بخلاف الزيادة لانه وصف الخ) أقول في بعض ما ذكروه هو البيع والقرض وانما قلنا ذلك لما سبق آنفا من أنه في الغصب والوديعة بيان النوع فينبغي أن يصح الاستثناء فتأمل

(ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له) لان الغصب لا يختص بالسليم (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصبا فهو ضامن وان قال أعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن) والفرق ان في الفصل الاول أقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين

بنفس واحد فجعل ذلك عفوا انتهى كلامه وقال الكاكي في معراج الدراية وبه قال الائمة الثلاثة يعني مالكا والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لان الغصب لا يختص بالسليم) فان الانسان يغصب ما يجد من الصحيح والمعيب والجيد والزيف فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل أم فصل (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال) أي المقر له (لا بل أخذتها غصبا فهو) أي المقر (ضامن) يعني كان القول في هذه المسئلة قول المقر له مع يمينه فالمقر ضامن الا أن ينكل المقر له عن اليمين (وان قال أعطيتنيها وديعة فقال) أي المقر له (لا بل غصبتنيها لم يضمن) أي لم يضمن المقر في هذه المسئلة بل كان القول قوله مع يمينه وهاتان المسئلتان من مسائل الجامع الصغير قال المصنف (والفرق) بينهما (ان في الفصل الاول) وهو قوله أخذت منك ألف درهم وديعة (أقر بسبب الضمان وهو الاخذ) لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وهذا يتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الاصل (ثم ادعى) أي ثم ادعى المقر بقوله وديعة (ما يبرئه) عن الضمان (وهو الاذن) بالاخذ (والآخر) وهو المقر له (ينكره) أي ينكر الاذن (فيكون القول له مع اليمين) هذا ما قالوا أقول فيه بحث لانهم ان أرادوا أن الاخذ مطلقا سبب الضمان فهو ممنوع بل الاخذ اذا كان باذن المالك كاخذ الوديعة باذن المودع فليس بسبب الضمان قطعا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان كما استدلوا به في كتاب الوديعة على أن الوديعة أمانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمن فيكون ما أخذته اليد بهذا الطريق مخصوصا من قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد وان أرادوا أن الاخذ بغير اذن المالك سبب الضمان فهو مسلم ولكن لا نسلم أن في الفصل الاول أقر بالاخذ بغير الاذن بل أقر بالاخذ المقيد بكونه وديعة وهو الاخذ بالاذن فتامل في الجواب قال في الكفاية فان قيل ينبغي أن يصدق المقر ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان على ألف وديعة قلنا صدر الكلام هنا موجبه الغصب فلا يحتمل الوديعة فقوله وديعة يكون دعوى مبتدأة لا بيان ما احتمله صدر الكلام وأما قوله لفلان على ألف يحتمل الوديعة يعني على حفظه فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا انتهى أقول في الجواب بحث اذ لا نسلم أن صدر الكلام هنا موجبه الغصب كيف وسيجيء في كتاب الغصب أن الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده ولا ريب أن صدر الكلام ههنا وهو قوله أخذت منك ألف درهم أعم من كل واحد من معنيي الغصب ومن المقرر أن العام لا يدل على الخاص باحدى الدلالات الثلاث فأنى يكون موجبه الغصب وكان صاحب معراج الدراية تنبه لما قلنا حيث قال بعد ذكر ما في

بسبب انقطاع النفس أو بسبب أخذ السعال فعن أبي يوسف رحمه الله انه يصح وصله بعد ذلك وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج أن يتكلم بكلام كثير وذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا (قوله أقر بسبب الضمان وهو الاخذ) ولانه كون الاخذ سببا للضمان قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد هذا تناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الاصل وقوله وديعة رجوع عما أقر به لانه دعوى الابراء فلا يصدق بدون البينة كدعوى المشتري بأجل الثمن بعدما أقر به والبائع يدعي معجلا فان قيل ينبغي أن يصدق ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان على ألف وديعة قلنا صدر الكلام هنا موجبه الغصب على ما ذكرنا فلا يحتمل الوديعة وبقوله

قال (ومن أقر بغصب ثوب) هذه تقدم وجهها أن الغصب لا يختص بالسليم (قوله ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم) المقر اما أن يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقوله أخذت وشبهه أو على فعل غيره كاعطيت فان كان الاول وأتى بما لا يوجب الضمان نحو أن يقول أخذت وديعة فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ كالقرض فالقول للمقر مع يمينه وان ادعى غيره ضمن المقر لانهما في الاولى توافقا على أن الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف الثانية وان كان الثاني نحو أن يقول أعطيتني وديعة وادعى الآخر غصبا لم يضمن والفرق انه في الاول أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وأنكره الخصم فكان القول قوله

وفى الثانى أضاف الفعل الى غيره وذاك يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض فى هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل اعطاؤه والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر فى انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا أن المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا

الكفاية من السؤال والجواب كذا قيل وفيه نوع تامل (وفى الثانى) أى وفى الفصل الثانى وهو قوله أعطيتنيها وديعة (أضاف الفعل الى غيره) وهو المقر له فلم يكن مقرا بسبب الضمان (وذاك) أى ذاك الغير (يدعى عليه) أى على المقر (سبب الضمان وهو الغصب) والمقر ينكره (فكان القول لمنكره مع اليمين) قال المصنف (والقبض فى هذا) أى فى الحكم المذكور (كالاخذ) يعنى لو قال المقر قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كان ضامنا كما لو قال أخذت منك ألف درهم وديعة (والدفع كالاعطاء) يعنى لو قال المقر دفعت الى ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها لم يضمن كما لو قال أعطيتنيها (فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه) أى الى المقر (لا يكون الا بقبضه) فكان الاقرار بالاعطاء والدفع اقرارا بالقبض واذا أقر بالقبض يضمن فينبغى أن يضمن اذا أقر بالاعطاء والدفع أيضا (فنقول) فى الجواب لا نسلم أن الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه بل (قد يكون) كل واحد من الاعطاء والدفع (بالتخلية والوضع بين يديه) بدون قبضه فلم يقتض الاقرار بهما الاقرار بالقبض (ولو اقتضى ذلك) أى ولئن سلمنا أنه اقتضى ذلك (فالمقتضى ثابت ضرورة) والثابت بالضرورة يثبت بادنى ما يندفع به الضرورة (فلا يظهر فى انعقاده سبب الضمان) لعدم الحاجة اليه قال المصنف (وهذا) أى وهذا الذى قلنا من ضمان المقر بالاخذ وديعة اذا قال المقر له أخذتها غصبا (بخلاف ما) أى ملابس بخلاف ما (اذا قال) أى المقر (أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان أقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك) أى فيما اذا قال المقر له أخذتها قرضا (على ان الاخذ كان بالاذن) لان الاخذ بالقرض لا يكون الا بالاذن كالاخذ بالوديعة (الا أن المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر) ذلك فكان القول للمنكر (فافترقا) أى فافترق ما اذا قال المقر له أخذتها غصبا وما اذا قال أخذتها قرضا أقول ههنا نظر لان الذى يدعيه المقر انما هو ما يبرئه عن الضمان كما صرح به فى المسئلة الاولى وليس ذلك هو الاذن المطلق فان كثيرا ما يحصل بالاذن كالبيع والقرض ونظائرهما أسباب موجبة للضمان فلا يتصور أن تكون مبرئة عن الضمان بل انما ذلك هو الاذن المخصوص الحاصل فى ضمن الوديعة ولا شك أن المقر له لا يوافقه على الاخذ بهذا الاذن المخصوص والا لما ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض وأما توافقهما على مطلق الاذن فلا يجدى نفعا فى الفرق لان ادعاء المقر ما يبرئه عن الضمان وهو الاذن المخصوص الحاصل فى ضمن الوديعة وانكار المقر له اياه. قوله لا باقيان بعينهما فيما اذا قال المقر له بل أخذتها قرضا غاية الامر أن المقر له أيضا يدعى سبب الضمان وهو القرض والمقر ينكره واذا تعارض دعواهما وانكارهما بقى اقرار المقر أولا بسبب الضمان وهو الاخذ سالما عن الدافع كما فيما اذا قال المقر له بل أخذتها غصبا فلم يفترقا افتراقا يوجب

وديعة يكون دعوى مبتدأ لا بيانا ما احتمله صدر الكلام وأما قوله لفلان على ألف يحتمل الوديعة يعنى على حفظه فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا (قوله فلا يظهر فى انعقاده سبب الضمان) لان الثابت ضرورة عدم فى غير موضعها (قوله فان قال هذه الالف كانت وديعة لى عند فلان فأخذتها) الى قوله والقول للمنكر أى بالاجماع وان قال آجرت دابتى هذه فلانا الى قوله وقالا القول قول الذى أخذ منه الدابة هذا كله اذا لم تكن الدابة والثوب معروفا انه للمقر اما لو كان الثوب معروفا انه للمقر أو الدابة أو الدار فقال

وفى الثانى ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله فان قيل الاعطاء والدفع لا يكون الا بقبضه قلنا ممنوع قد يكون بالتخلية سلمناه لكنه ضرورى فلا يظهر فى انعقاده سببا للضمان وكلامه ظاهر

(وان

(وان قال هذه الالف كانت وديعة لى عند فلان فأخذتها فقال فلان هى لى فانه يأخذها) لانه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر (ولو قال آجرت دابتى هذه فلانا فركبها وردها أو قال أجرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لى فالقول قوله) وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان (ولو قال خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح) وجه القياس ما بيناه فى الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد فى الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصود والايداع اثبات اليد قصدا فيكون اقراره به اعترافا باليد للمودع

اختلاف الحكم تأمل جدا (وان قال هذه الالف كانت لى وديعة عند فلان فأخذتها) منه فقال فلان هى لى فانه) أى فان فلانا (يأخذها) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف فى تعليلها (لانه) أى لان المقر (أقر باليد له) أى لفلان وفى الكافى وأقر بالاخذ منه والسبيل فى الاخذ الرد على المأخوذ منه (وادعى استحقاقها عليه) أى ادعى استحقاقه الالف على فلان بقوله كانت لى وديعة عند فلان (وهو ينكر والقول للمنكر) مع يمينه (ولو قال آجرت دابتى هذه فلانا فركبها وردها) على (أو قال آجرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ورده) على (وقال فلان كذبت) بل الدابة والثوب لى (فالقول) له أى للمقر (وهذا) أى القول كون قول المقر (عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) وقول أبى حنيفة ههنا استحسان وقولهما قياس كذا قالوا فى شروح الجامع الصغير واليه أشار المصنف بقوله (وهو القياس) أى قول أبى يوسف ومحمد هو القياس فيفهم منه أن قول أبى حنيفة هو الاستحسان ولهذا قال فيما بعد وجه القياس وجه الاستحسان ثم ان هذا كله اذا لم تكن الدابة أو الثوب معروفا للمقر أما اذا كان معروفا له كان القول للمقر فى قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سببا للاستحقاق عليه كذا فى المبسوط والايضاح وذكر فى الشروح (وعلى هذا الخلاف) أى على الخلاف المذكور آنفا (الاعارة والاسكان) بان قال أعرت دابتى هذه فلانا فركبها ثم ردها على أو أعرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ثم رده على وبان قال أسكنت دارى هذه فلانا ثم أخرجته منها فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لى (ولو قال خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح) احترز به عن قول بعضهم ان القول فى هذا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابى حنيفة ولكن ذلك ليس بثابت فى الاصول بل قال عامة المشايخ هو على هذا الخلاف أيضا قال المصنف (وجه القياس ما بيناه فى الوديعة) أراد به قوله لانه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر (وجه الاستحسان وهو الفرق) بين مسئلة الوديعة وبين هذه المسائل (أن اليد فى الاجارة والاعارة ضرورية) يعنى أن اليد فيهما ليست بمقصودة بل هى ضرورية (تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فتكون عدما) أى فتكون اليد معدومة (فيما وراء الضرورة) فلا تظهر فى حق الاستحقاق على المقر لان ما يثبت بالضرورة يقتصر على قدر الضرورة (فلا يكون) أى فلا يكون الاقرار بالاجارة والاعارة (اقرارا له) أى للمقر له (باليد مطلقا) أى من كل وجه بل يكون اقراره له باليد لاجل استيفاء المعقود عليه فقط فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم مدعيا لنفسه (بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة) فان المقصود منها هو الحفظ والحفظ لا يكون بدون اليد (والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به) أى بالايداع (اعترافا باليد للمودع) أقول لقائل أن

قبضته فيه فكان القول قول المقر فى قولهم لان الملك فيه معروف للمقر (قوله وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان) بان قال أعرتك دارى هذه ثم رددت على أو أسكنتك دارى هذه ثم رددت على وقال الآخر الدار دارى (قوله فى الصحيح) احترازا عن قول بعضهم أن القول فى هذا قول المقر بالاجماع (قوله وجه القياس

(قوله القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) يعنى اذا لم يكن ذلك معروفا للمقر أما اذا كان معروفا كان القول للمقر فى قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه وقوله (فى الصحيح) احتراز عن قول بعضهم ان القول ههنا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابى حنيفة وقوله (وجه القياس ما بيناه فى الوديعة) أراد به قوله لانه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وقوله (فيكون القول قوله فى كيفيته) أى فى كيفية ثبوت اليد باى طريق كان كما لو قال ملكت عبدى لك بالف درهم الا أنى لم أقبض الثمن ولى حق الحبس كان القول قوله وان

(قال المصنف والايداع اثبات اليد) أقول قال الاتقانى يعنى ثبوت الملك انتهى والاظهر أن يقال يعنى فى حق الحكم باليد للمقر له

و وجـه آخرأن فى الاجارة والاعارة والاسكان أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله فى كيفيته ولا كذلك فى مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ فى طرف الوديعة وعدمه فى الطرف الآخر وهو الاجارة وأختاه

يقول ان أريد أن الاقرار بالايداع يكون اعترافا باليد للمودع مطلقا أى من كل وجه كما صرح به فى الكافى حيث قال فكان الاقرار بالوديعة اقرارا باليد للمقر له مطلقا فهو ممنوع اذ الايداع اثبات يد المحافظة دون اثبات يد الملك فكيف يكون الاقرار بالايداع اقرارا باليد مطلقا للمودع وان أريد أن الاقرار به يكون اعترافا بيد المحافظة للمودع فهو مسلم ولكن لا يتم به التقريب كما لا يخفى (و وجه آخر) للاستحسان وهو الفرق (ان فى الاجارة والاعارة والاسكان أقر بيد ثابتة من جهته) أى من جهة المقر (فيكون القول قوله فى كيفيته) أى فى كيفية ثبوت اليد له بأى طريق كان كما لو كان فى يده عبد وقال هذا عبدى بعته من فلان ولم أسلمه اليه بعد فقال المقر له بل كان عبدى لم أشتره منك كان القول قول المقر دون المقر له لهذا المعنى كذا فى النهاية ومعراج الدراية وكما لو قال ملكت عبدى هذا فلانا بألف درهم الا انى لم أقبض الثمن فلى حق الحبس كان القول له وان زعم الآخر خلافه كذا فى العناية وشرح تاج الشريعة أخذا من الاسرار (ولا كذلك فى مسئلة الوديعة لانه) أى لان المقر (قال فيها كانت وديعة وقد تكون) أى الوديعة (من غير صنعه) كاللقطة فانها وديعة فى يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت الريح فألقته فى دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفعها اليه صاحبه كذا فى عامة الشروح أقول ههنا كلام أما أولا فلان ظاهر قول المصنف وقد يكون من غير صنعه ينافى ماذكره فى الوجه الاول من أن الايداع اثبات اليد قصدا الا ان اثبات اليد قصدا يقتضى الصنع فان قلت مراده أنها قد تكون من غير صنع المقر لا من غير صنع المودع وكون الايداع اثبات اليد قصدا انما يقتضى صنع المودع فلا منافاة قلت فحينئذ يلزم أن لا يصح المثالان المزبوران اللذان ذكرهما جمهور الشراح وذكر الثانى صاحب الكافى أيضا اذ لا صنع لاحد فى ثبوت يد الملتقط فى اللقطة وفى ثبوت يد صاحب الدار فى الثوب الذى ألقته الريح فى داره وأما ثانيا فلان تمثيل جمهور الشراح الوديعة ههنا بالمثالين المزبورين ينافى ما صرحوا به فى أول كتاب الوديعة من أن الوديعة هى التسليط على الحفظ وذلك انما يكون بالعقد والقصد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد وقصد كما اذا هبت الريح فى ثوب انسان فألقته فى بيت غيره ووجه المنافاة ظاهر (حتى لو قال) أى المقر (أودعتها كان) جواب هذه المسئلة أيضا (على هذا الخلاف) المذكور فى مسائل الاجارة والاعارة والاسكان أقول بقى ههنا شئ وهو أن الفرق المذكور انما يتضح لو كانت صورة مسئلة الوديعة ما لو قال هذه الالف كانت وديعة عند فلان بدون ذكر لفظة لى وأما على ماذكرت فى الكتاب من قوله فان قال هذه الالف كانت لى وديعة عند فلان فيشكل ذلك اذ الظاهر أن لفظة لى تفيد ثبوت اليد من جهته فيؤول معنى قوله المذكور الى معنى قوله أودعتها عند فلان (وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ فى طرف الوديعة وعدمه) أى عدم ذكر الاخذ (فى الطرف الآخر وهو الاجارة وأختاه) أى الاعارة والاسكان قال فى غاية البيان انما ذكر الضمير الراجع الى الاجارة على تأويل العقد قلت وانما قال وأختاه ولم يقل وأخواه مع أن أحدهما وهو الاسكان كان مذكرا وفى مثل ذلك يغلب المذكر على المؤنث ولا يعكس اما على تأويلهما بالصورتين أو بالمسئلتين ومراد المصنف ههنا الرد على الامام القمى فيما

ما بيناه فى الوديعة) وهو قوله لانه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو منكر فيكون القول قوله فى كيفيته (قوله وقد تكون من غير صنعه) كاللقطة فانها وديعة فى يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت به الريح فألقته فى دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفع اليه صاحبه وكذا المودع اذا مات والوديعة فى يد وارثه وديعة وان لم يدفع اليه صاحبها فثبت ان الاقرار بالوديعة لا يدل على اثبات اليد له من قبله حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف (قوله وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ فى طرف

زعم الآخر خلافه وقوله (وقد يكون من غير صنعه) كاللقطة فانها وديعة فى يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح وألقت ثوبا فى دار انسان وقوله (وليس مدار الفرق) اشارة الى الرد على الامام القمى فيما ذكره أن الرد انما وجب فى مسئلة الوديعة لانه قال فيها أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال فى الاجارة وأختيها أى العارية والسكنى فردها على ذلك كان الافتراق فى الحكم للافتراق فى الوضع وقالوا فى شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشئ لان محمدا ذكر فى كتاب الاقرار لفظ الاخذ فى الاجارة وأختيها أيضا وانما الفرق الصحيح ماذكر فى الكتاب

(قال المصنف كان على هذا الخلاف) أقول على هذا الوجه بخلاف الاول كما لا يخفى (قوله على الامام القمى) أقول القمى بضم القاف هو على بن موسى القمى تلميذ محمد بن شجاع البلخى وهو تلميذ حسن بن زياد وهو تلميذ أبى حنيفة وقم بلد معروف بالعراق

لانه ذكر الاخذ فى وضع الطرف الآخر فى كتاب الاقرار أيضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لى عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا

ذكره من الفرق فانه قال انما وجب الرد فى مسئلة الوديعة لانه قال فيها أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال فى الاجارة وأختيها فردها على فكان الافتراق فى الحكم للافتراق فى الوضع وقالوا فى شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشئ لان محمدا ذكر فى كتاب الاقرار لفظ الاخذ فى الاجارة وأختيها أيضا واليه أشار بقوله (لانه ذكر الاخذ فى وضع الطرف الآخر فى كتاب الاقرار أيضا) بقى وجه آخر للفرق ذكره الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير ونقل عنه فى النهاية ومعراج الدراية وهو أن فى الاجارة والاعارة لو أخذنا المؤجر والمعير باقرارهما امتنع الناس عن الاجارة والاعارة فلا يؤاخذان باقرارهما استحسانا كيلا تنقطع الاجارة والاعارة وأما فى الوديعة فمنفعة الايداع تعود الى المالك فلو أخذنا المالك باقراره لا ينقطع الايداع انتهى أقول يرد عليه أن يقال تعود المنفعة فى الاجارة أيضا الى المالك وهو المؤجر لانها عقد معاوضة لا عقد تبرع فتعود فيها منفعة الاجر الى المؤجر قطعا كما يعود فى الايداع منفعة الحفظ الى المودع فلم يتم الفرق المذكور بالنظر الى مسئلة الاجارة وان تم بالنظر الى مسئلة الاعارة اللهم الا أن يقال منفعة الاجرة وان عادت فى الاجارة الى المؤجر لكن منفعة الدار ونحوها تعود الى المستأجر ولا يقدر المؤجر على الانتفاع بها مدة الاجارة فيتضرر بها من هذه الجهة بخلاف الايداع فانه نفع محض للمودع فافترقا فى الجملة (وهذا) أى الذى ذكر فى الاجارة وأختيها (بخلاف ما اذا قال اقتضيت) أى قبضت (من فلان ألف درهم كانت لى عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله) أى قول المقر له (لان الديون تقضى بامثالها) لا باعيانها (وذلك) أى قضاء الديون بامثالها (انما يكون بقبض مضمون) أى بقبض مال مضمون يصير دينا على الدائن ثم يصير قصاصا بدينه على المديون (فاذ أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا) يعنى فى صورة الاجارة وأختيها (المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا) قال صاحب العناية فى تقرير هذا المقام لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل هذا الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما أقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا يعنى فى صورة الاجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا وقال وعليك بتطبيق ماذكرنا بما فى المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع فى كلام المصنف بحسن التدبر ان شاء الله تعالى أقول لا يظهر لذى فطرة سليمة بتطبيق ماذكره بما فى المتن و يتدبر فيه بحسن التدبير تقديم و تأخير فى كلام المصنف بل يظهر له نوع اختلال فى كلام الشارح أما الاول فلان قوله فاذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين ليس عين قول المصنف فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان لاختلاف تاليهما فلا يقتضى تقديم ذلك تقديم هذا كيف ولو قدم هذا ووضع موضع ذلك فقيل لان الديون تقضى بامثالها فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان لم يتم التفريع المستفاد من الفاء فى فاذا أقر مثل ما تم فى تقديم ذلك يشهد بذلك كله الذوق الصحيح وأما الثانى فلانه علل قوله فاذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين بقوله لان الاقتضاء

الوديعة وعدمه فى الطرف الآخر وهو الاجارة وأختاها الاعارة والاسكان هذا احتراز عن قول الامام القمى فانه قال انما وجب الرد فى مسئلة الوديعة لانه قال فيها أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وهنا قال فردها على فافترقا لافتراقهما فى الوضع وهذا ليس بشئ لانه ذكر الاخذ فى وضع الطرف الآخر فى كتاب الاقرار وههنا فى الاجارة وأختيها وذكر وأن الفرق الصحيح ماذكر فى الكتاب أن اليه فى باب الوديعة

(وهذا) أى الذى ذكره فى الاجارة وأختيها (بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لى عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل هذا الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما أقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا يعنى فى صورة الاجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا وعليك بتطبيق ماذكرنا بما فى المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع فى كلام المصنف بحسن التدبير ان شاء الله تعالى وباقى كلامه لا يحتاج الى شرح

(قال المصنف وذلك انما يكون بقبض مضمون) أقول لعله من قبيل سحق ثوب ان كان التركيب توصيفيا ويجوز أن يكون اضافيا (قوله وعليك بتطبيق الى قوله بحسن التدبير) أقول فيه بحث

ولو أقر أن فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله فى يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لى استعنت بك ففعلت أو فعلته باجر فالقول للمقر لانه ماأقر له باليد وانما أقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك فى ملك فى يد المقر وصار كما اذا قال خاط لى الخياط قميصى هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا فى يد المقر كذا هذا

(باب اقرار المريض)

قال (واذا أقر الرجل فى مرض موته بديون وعليه ديون فى صحته وديون لزمته فى مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم) وقال الشافعى رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء

انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ولا يخفى أن مفاد هذا التعليل أن الاقرار بالاقتضاء اقرار بسبب الضمان لان الاقرار باقتضاء الدين اقرار بقبض مثل الدين كما هو المدعى (ولو أقر أن فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله فى يد المقر) أى والحال أن ذلك كله فى يد المقر (فادعاها) أى فادعى الارض والدار والكرم (فلان) لنفسه (وقال المقر لا بل ذلك كله لى استعنت بك) على الزراعة أو البناء أو الغرس (ففعلت أو فعلته باجر فالقول للمقر) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا وقال فى تعليلها (لانه) أى لان المقر (ماأقر له) أى لفلان (باليد انما أقر بمجرد فعل منه) أى من فلان (وقد يكون ذلك) أى الفعل من الغير (فى يد المقر) يعنى أن الاقرار بمجرد فعل من الغير لا يدل على اليد لان العمل قد يكون من المعين والاجير والعين فى يد صاحبها (وصار) أى صار حكم هذا (كما اذا قال خاط لى الخياط قميصى هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه) أى من الخياط (وقد يخيط ثوبا فى يد المقر كذا هذا) أى كذا حكم المسائل المذكورة قال فى النهاية تحصل من هذا كله أن جنس هذه المسائل على ثلاثة أنواع ففى نوع منها كان القول قول المقر له بالاجماع وهو مسئلة الوديعة والاقراض والاقتضاء وفى نوع منها كان القول قول المقر بالاجماع وهو مسئلة بيع العبد ومسئلة زرع هذه الارض أو بناء هذه الدار ومسئلة خياطة الثوب بدون ذكر القبض منه وفى نوع منها اختلفوا فيه فعند أبى حنيفة القول قول المقر كما فى النوع الثانى وعندهما القول قول المقر له كما فى النوع الاول وهو مسئلة الاجارة والاعارة والاسكان وخياطة الثوب مع ذكر القبض انتهى

(باب اقرار المريض)

لما فرغ من بيان أحكام اقرار الصحيح شرع فى بيان أحكام اقرار المريض لان المرض بعد الصحة وأفرده بباب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح (واذا أقر الرجل فى مرض موته بديون) أى بديون غير معلومة الاسباب (وعليه ديون فى صحته وديون لزمته فى مرضه) أى فى مرض موته (باسباب معلومة) متعلق بلزمته أى لزمته باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة (فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم) على ماأقر به فى مرضه الى هنا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف (وقال الشافعى دين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو باقراره (ودين الصحة يستويان لاستواء

مقصودة الى آخره (قوله ولم يقل قبضته منه) قيد حتى لو قال ثم قبضته منه كان على الخلاف (قوله لانه ماأقر باليد انما أقر بمجرد الفعل منه) هذا احتراز عما اذا أقر الرجل أن فلانا ساكن فى هذا البيت وادعى فلان البيت فانه يقضى به للساكن على المقر لان السكنى تثبت اليد للساكن على المسكن واقراره باليد للغير حجة عليه وماثبت باقراره كالمعاين فى حقه كذا فى المبسوط (قوله وقد يخيط ثوبا فى يد المقر) بان خاط فى بيت المقر والله أعلم

(باب اقرار المريض)

(قوله والديون المعروفة الاسباب) كما اذا استقرض مالا فى مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال اليه أو اشترى شيأ وعاين الشهود قبض المبيع أو استأجر شيأ بمعاينة الشهود أو تزوج امرأة بمهر مثلها وعاين

(باب اقرار المريض) المرض بعد الصحة قال (واذا أقر الرجل فى مرض موته الخ) اذا مرض المديون ولزمته ديون حال مرضه باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة أو أقر فى مرضه بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتى عرفت أسبابها مقدمة على الديون المقر بها (وقال الشافعى دين الصحة ودين المرض) سواء كان بسبب معلوم أولا (يستويان لاستواء

(باب اقرار المريض) قال المصنف (واذا أقر الرجل الى قوله مقدم) أقول التعبير عن المقر به تارة بصيغة الجمع وتارة بصيغة المفرد للدلالة على انه لافرق بين الدين والديون فى الحكم قال المصنف (وقال الشافعى دين المرض ودين الصحة الى قوله ومناكحة) أقول المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعاينة والدليل خاص فينبغى أن يضم اليه انه لم يفصل أحد بين الثابت بالاقرار فى دين الصحة والثابت بالمعاينة فكذلك يجب أن يكون حال الثابت فى المرض ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الاعلى ثم أقول القياس على المبايعة والمناكحة يدلان على كون الاقرار سبب الملك عند الشافعى على ماذهب اليه بعض أصحابنا الادليله على ماهو المختار وأشار اليه المصنف فى تقرير دليل أئمتنا

سببهما

سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفى اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث

سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين) وانما تعرض لوصفى العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب فى الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب فى الذمة ولا تفاوت فى ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض يزداد جهة رجحان الصدق لان المرض سبب التورع عن المعاصى والانابة عما جرى فى الماضى فالاحتراز عن الكذب فى هذه الحالة أكثر فكان جهة قبول الاقرار فيه أوفر كذا فى الشروح واعترض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعى بالوجه الذى ذكره المصنف حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يفيد مساواته للدين الثابت بالاقرار فى الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى والاولى أن يقال وعند الشافعى الدين فى المرض يساوى الدين فى الصحة لاستواء السبب المعلوم والاقرار انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بان هذا الدليل اذا أفاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالاقرار فى الصحة فقد أفاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة أيضا بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين ويطلق على مثل ذلك الاجماع المركب كما تقرر فى علم الاصول وأراد بعض الفضلاء أن يجيب عنه بوجه آخر حيث قال المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعاينة والدليل خاص ثم قال ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الاعلى (أقول) لا حاصل له ههنا لانه ان أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى دينى الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار فى الصحة على مساواته لاعلى دينى الصحة وهو الدين اللازم فى الصحة باسباب معلومة فليس بصحيح اذ لا يلزم من وصول الشئ الى رتبة الادنى وصوله الى رتبة الاعلى فكيف يجوز التنبيه بالاول على الثانى وان أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة أدنى دينى المرض وهو الدين الثابت بالاقرار فى المرض للدين الثابت بالاقرار فى الصحة على مساواة أعلى دينى المرض وهو الدين اللازم فى المرض باسباب معلومة للدين الثابت بالاقرار فى الصحة فهو مسلم اذ يلزم من وصول الادنى الى رتبة شئ وصول الاعلى الى رتبة ذلك الشئ بالاولوية لكنه لا يجدى شيأ ههنا اذ الكلام فى قصور الدليل المذكور عن افادة مساواة دين المرض للدين اللازم فى الصحة باسباب معلومة مع عموم المدعى وهذا لا يندفع بذلك على أن مساواة الدين اللازم فى المرض باسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة فى التنبيه عليه أصلا (ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق) وهى ذمة الحر البالغ العاقل وهى فى حالتى الصحة والمرض سواء فاستوى دين المرض ودين الصحة فى سبب الوجوب وفى محله فيستويان فى الوجوب واذا استويا وجوبا استويا استيفاء (وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة) أى صار اقراره فى المرض كانشائه التصرف بالبيع والنكاح فى حالة المرض وذلك مساو لتصرفه فى حالة الصحة فكذا ههنا (ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير) أى اذا تضمن ابطال حق الغير كالورهن أو آجر شيأ ثم أقر أنه لغيره فانه لا ينفذ اقراره فى حق المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به (وفى اقرار المريض ذلك) أى ابطال حق الغير (لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال) يعنى مال المريض (استيفاء) أى من حيث الاستيفاء (ولهذا منع) أى المريض (من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث) قال صاحب النهاية أى فيما اذا لم يكن عليه دين وأما اذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه أصلا لا فى الثلث وما دونه

الشهود النكاح وعليه ديون الصحة فان هذه الديون تساوى ديون الصحة (قوله وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين) وانما تعرض لهذين الوصفين لان العقل والدين يمنعان المرء عن الكذب فى اخباره والاقرار اخبار عن الوجب فى ذمته فلا يكذب فى اقراره لوجود هذين الوصفين فى المقر وفى هذا لا تفاوت بين أن يكون المقر صحا أو مريضا بل المرض يزداد رجحان جانب الصدق لما أن المرض حالة التوبة والانابة ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وهى ذمة الحر البالغ العاقل (قوله ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث) هذا

وهو ان المريض لما تعلق بماله حق الوارث لا يعتبر تبرعه الا من الثلث فاذا منع من التبرع فيما لم

للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة أو مناكحة وانما تعرض لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب فى الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب فى ذمته ولا تفاوت فى ذلك بين صحة المقر ومرضه (ولنا أن الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة) أصلا اذا أحاطت الديون بماله

(قوله وهو الاقرار الصادر الخ) أقول أى هو الاقرار الصادر عن الاهل والاقرار المضاف الى المحل ولكن بقى ههنا شئ وهو ان ظاهر هذا الكلام لا يطابق المشروح قال المصنف (لان حق غرماء الصحة الخ) أقول وبهذا يخرج الجواب عن قوله ومحل الوجوب الذمة فان الدين يتعلق بالمال عند الموت لخراب الذمة وسبب الموت المرض فيستند حكم الخراب الى أول المرض ويصير كان الدين متعلق بالمال عند الاقرار اليه أشير فى المبسوط قال المصنف (ولهذا منع من التبرع الخ) أقول التفريع بظاهره غير مستقيم كما لا يخفى على المتامل ثم رأيت فى الكفاية ما يتوهم كونه جوابا عن ذلك وهو هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالاولوية

وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين وفى هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعى من الاستواء بين حال الصحة والمرض فانه

بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل

انتهى واقتفى أثره صاحب العناية فى حل هذا المحل بهذا المعنى ولكن غير العبارة حيث قال ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلا اذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه ديون انتهى (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذ الظاهر من قولهما اذا لم يكن عليه دين اذا لم يكن عليه شئ من الديون أصلا بمقتضى وقوع النكرة فى سياق النفى فحينئذ يصير معنى كلام المصنف ولتعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما اذا لم يكن على المريض دين أصلا ولا يخفى أن هذا معنى لغو يناقض آخره أوله لانه اذا لم يكن على المريض دين أصلا لم يتصور تعلق حق الغرماء بماله فالوجه فى حل هذا المحل أن يقال ماذكره المصنف فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله وأما اذا أحاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقا أى بالثلث وبما دونه نعم يمنع المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث وان لم يكن عليه دين أصلا لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لاجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف ولهذا منع انما يتصور فى صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذى مسكة ثم ان جمهور الشراح قالوا فى قول المصنف ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث جواب عما ادعاه الشافعى من استواء حال الصحة وحال المرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة فى حال المرض كما لا يمنع عنهما فى حال الصحة (أقول) يرد عليه أن يقال لم لا يجوز أن يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فى حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله فى تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به ألا يرى أنه يمنع من ذلك فى تلك الحالة وان لم يكن عليه دين أصلا فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعى لان ما ادعاه استواء حالتى الصحة والمرض فى حق غرماء الصحة والمرض لا فى حق الورثة ثم أقول كان الحق على المصنف أن يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلا اذا أحاطت الديون بماله اذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعى قطعا ويصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن وكأن الامام الزيلعى تنبه لقصور ما ذكره المصنف ههنا فى التفريع حيث قال فى شرح الكنز بدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا فى حقهم غير مقدر بالثلث لكن فيما قاله افراط كما كان فيما قاله المصنف تفريط لان منعه من التبرع والمحاباة مطلقا فى حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما اذا أحاطت الديون بماله وأما فيما اذا لم تحط به فمقدر بالثلث والظاهر من كلامه الاطلاق فكان فيه افراط فالحق الذى لا محيد عنه فى تنقيح الكلام ههنا لافادة تمام المقصود ما نبهنا عليه آنفا فان قيل الاقرار بالوارث فى المرض صحيح مع أنه يبطل به حق سائر الورثة فلم لم يصح الاقرار بالدين فى المرض اذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما فى ابطال حق الغير قلنا استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت ألا يرى أن شاهدى النسب قبل الموت اذا رجعا بعد الموت والمشهود له أخذ المال لم يضمنا شيئا فاما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا فى المبسوط والاسرار (بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعى من انشاء النكاح يعنى لا يلزمنا ذلك (لانه من الحوائج الاصلية) فان بقاء النفس بالتناسل ولا طريق للتناسل الا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية (وهو) أى النكاح (بمهر المثل) هذه جملة حالية يعنى أن النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز كذا فى العناية قال بعض الفضلاء فيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا

استدلال بالعام ليحصل التقريب بالاولوية وهو أن المريض لما تعلق بماله حق الوارث ولا يعتبر تبرعه الا من الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو أضعف الحقين فلان يمنع فيما اذا تعلق به حق الغريم وهو أقوى أولى وفى هذا جواب أيضا عما ادعاه الشافعى من استواء حالة الصحة وحالة المرض (قوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية) فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء أو جوارى

وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة فى حال المرض كما فى حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث فى المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق بقية الورثة أجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت (قوله بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعى من انشاء النكاح والمبايعة وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية (قوله وهو بمهر المثل)

تعلق به حق الوارث وهو أضعف الحقين فلان يمنع فيما اذا تعلق به حق الغريم وهو أقوى أولى اه وأنت خبير بان عدم استقامة التفريع باق بعد قال المصنف (بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية) أقول سيجىء ان قضاء الدين أيضا من الحوائج الاصلية وابطال حق الغرماء مشترك فان البضع ليس بمال متقوم فما الفرق وجوابه أنه لم يظهر ثبوت الدين هنا لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج فليتأمل

(قوله وهو بمهر المثل) أقول هذه جملة معترضة

و بخلاف

يجوز أن يكون حالا يعنى ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليس بمحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية أجيب بان النكاح فى أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها (قوله وبخلاف المبايعة) يعنى ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصور والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن

لابطال حق الغير ليس بمعتبر كما مر أجاب بقوله (وفى حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير) فلم يحتج الى تعلق الغرماء بماله (وهذه) أى حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا أقر فى المرض ثانيا وجب أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح فى حق غرماء الصحة لذلك أجاب بقوله (وحالتا المرض حالة واحدة) يعنى أوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة (لانه حالة الحجر) فكانا بمنزلة اقرار واحد كحالتى الصحة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالتى الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فيفترقان) فيمنع تعلق غرماء الصحة بماله عن اقراره فى حالة المرض ولا يمنع الاقرار فى أول المرض عن الاقرار فى آخره وهذا الدليل أفاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقى الكلام فى تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال

وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفى حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتى الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترقا

(أقول) كون النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا ممنوع فان الحوائج الاصلية ما يكون من ضروريات الانسان والنكاح باكثر من مهر المثل ليس من ضروريات لامكان حصوله بمهر المثل فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء وجوارى وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز وهى تشارك غرماء الصحة مع أن هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية لانه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء الشهوة قلنا النكاح فى أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها ليبتنى الامر عليها اليه أشار فى الاسرار وذكر فى الشروح (وبخلاف المبايعة بمثل القيمة) جواب عما استشهد به الشافعى من انشاء المبايعة يعنى ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة (لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة) والمالية باقية فى المبايعة بمثل القيمة وان فاتت الصورة فلم يكن فى انشاء ذلك ابطال شئ من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل يعدله وللبدل حكم المبدل ولما استشعر أن يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل اقراره بالدين حالة الصحة أيضا لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس بباطل بالاجماع أجاب بقوله (وفى حالة الصحة لم يتعلق) حق الغرماء (بالمال) أى بمال المديون (لقدرته على الاكتساب) أى لقدرة المديون على الاكتساب فى تلك الحالة (فيتحقق التثمير) أى بتثمير المال وهو تكثيره يقال ثمر الله ماله أى كثره فلم تقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله (وهذه) أى حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم بماله فى هذه الحالة حذرا عن التوى ولما استشعر أن يقال سلمنا ذلك لكن اذا أقر فى المرض ثانيا ينبغى أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره فى المرض فى حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك أجاب بقوله (وحالتا المرض حالة واحدة) أى حالة أول المرض وحالة آخره بعد أن يتصل به الموت حالة واحدة (لانه) أى لان المرض (حالة الحجر) ولهذا يمنع عن التبرع فكان الاقراران فى المرض بمنزلة اقرار واحد كما كان حالتى الصحة حالة واحدة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالتى الصحة والمرض لان الاولى) أى حالة الصحة (حالة اطلاق) للتصرف (وهذه) أى حالة المرض (حالة عجز) عن التصرف قال فى غاية البيان لو قال حالة حجر لكان أولى لكونه أشد مناسبة بالاطلاق (فافترقا) أى افترق الوجهان أو الحكمان فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره فى حالة المرض ولم يمنع الاقرار فى أول المرض عن الاقرار فى آخره ثم ان الدليل المذكور أفاد تقديم دين الصحة

أو هو شيخ كبير لا يولد له عادة وتزوج آيسة قلنا النكاح فى أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها ليبنى الامر عليها (قوله وهذه حالة العجز) يعنى انه لما مرض الانسان مرض الموت وعجز عن الاكتساب فلو لم يتعلق حق الغريم بالمال ولم ينتقل من الذمة اليه يتوى دينه لان المريض يتلف المال سريعا فيؤدى الى ابطال حقه فيهم (قوله وحالتا المرض واحدة) أى حالة أول المرض وحالة آخر المرض بعد أن يتصلها الموت حالة واحدة هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله لان حق

(قوله يجوز أن يكون حالا) أقول يعنى من المستتر فى الخبر (قوله يعنى ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل) أقول وفيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا قال المصنف (لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز) أقول الانسب بقوله حالة اطلاق أن يقال حالة حجر سبقنى اليه الاتقانى (قوله بين دين الصحة ودين المرض) أقول الثابت بالاقرار والاضافة للعهد

وانما تقدم الدين المعروفة الاسباب لانه لا تهمة فى ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين فى يده لآخر لم يصح فى حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض

على الدين الثابت بالاقرار فى حالة المرض وبقى الكلام فى تقديم الديون المعروفة الاسباب عليه فقال (وانما تقدم المعروفة الاسباب) يعنى انما تقدم الديون اللازمة فى حالة المرض باسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار فى حالة المرض (لانه لا تهمة فى ثبوتها) أى فى ثبوت تلك الديون (اذ المعاين لا مرد له) يعنى أن ثبوتها بالمعاينة والامر المعاين لا مرد له فتتقدم على المقر به فى المرض (وذلك) أى ما ذكر من الديون المعروفة الاسباب (مثل بدل مال ملكه) كثمن المبيع و بدل القرض (أو استهلكه) أى أو بدل مال استهلكه (وعلم وجوبه) أى وجوب البدل (بغير اقراره) أى بغير اقرار المريض بان يثبت وجوبه بمعاينة القاضى أو بالبينة (أو تزوج امرأة بمهر مثلها) هذا عطف على بدل مال ملكه أو استهلكه بحسب المعنى كانه قال أو مهر مثل امرأة تزوجها فانه أيضا من الديون المعروفة الاسباب (أقول) الظاهر أن كون العلم بوجوبه بغير اقرار المريض شرط فى هذا المثال أيضا والا كان مما يثبت باقرار المريض فلا يصح مثالا لما يقدم عليه من الديون المعروفة الاسباب واذا كان ذلك شرطا فى هذا أيضا الا يرى فى تاخيره المصنف عن قوله وعلم وجوبه بغير اقراره وجه وجيه (وهذا الدين) يعنى الدين اللازم فى المرض باسباب معلومة (مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أشار به الى قوله لانه لا تهمة فى ثبوتها فان تلك العلة أعنى عدم التهمة فى الثبوت كما تتمشى فى الدين اللازم فى المرض باسباب معلومة بناء على ان المعاين لا مرد له كذلك تتمشى فى دين الصحة مطلقا أما فيما لزم فى الصحة باسباب معلومة فبناء على ان المعاين لا مرد له وأما فيما ثبت فى الصحة بالاقرار فبناء على أن لا يكون فيه ابطال حق الغير كما فى اقرار المريض هذا وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا اشارة الى قوله اذ المعاين لا مرد له (أقول) ليس هذا بتام لان تلك العلة أعنى قوله اذ المعاين لا مرد له لا تتمشى فيما اذا ثبت دين الصحة بالاقرار اذ الثابت بالاقرار ليس من المعاين فلا يظهر بها أن لا يقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه وقال صاحب العناية لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعنى فى النكاح ولا تهمة فى ثبوته فى غيره انتهى (أقول) هذا تكلف مستغنى عنه فان قول المصنف لانه لا تهمة فى ثبوتها مع قربه فى الذكر وشموله للدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى به فى شرح قوله ههنا لما بينا فيصار الى توزيع قوله لما بينا الى قوله لانه لا تهمة فى ثبوتها والى قوله فى بعيد بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل كما يقتضيه تقرير صاحب العناية وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه من الحوائج الاصلية وقوله لانه لا تهمة فى ثبوتها (أقول) ان أرادا أن قوله لما بينا اشارة الى قوليه المذكورين فى الموضعين بطريق التوزيع كما قرره صاحب العناية فيرد عليهما ما يرد عليه من أنه تكلف مستغنى عنه كما بيناه وان أرادا انه اشارة الى قوليه المذكورين بطريق الاستقلال بمعنى أن كل واحد منهما يصلح أن يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الاسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر فليس بصحيح لان قوله لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح وليس كثير من أسباب تلك الديون من الحوائج الاصلية قط فلا يتم المقصود (ولو أقر) أى المريض (بعين فى يده لآخر) سواء كانت العين أمانة أو مضمونة (لم يصح) اقراره (فى حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به) أى بما أقر به ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدورى ومفادها ان الاقرار بالعين فى المرض كالاقرار بالدين فيه (ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض) خلافا للشافعى ذكر المصنف هذه المسئلة أيضا تفريعا على مسئلة القدورى وقال

غرماء الصحة تعلق بهذا المال بان يقال لو كان تعلق الدين المقدم مانعا عن الاقرار بدين آخر ينبغى أن لا يصح

لان

(وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة فى ثبوتها اذ المعاين لا مرد له) فتتقدم على المقر به وتصير مثل دين الصحة (لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أنه من الحوائج الاصلية يعنى فى النكاح ولا تهمة فى ثبوته فى غيره قال (ولو أقر بعين فى يده لآخر لم يصح) الاقرار بالعين فى المرض كالاقرار بالدين فيه بمنعه عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين (ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون بعض) سواء كانوا غرماء الصحة أو المرض أو مختلطين

(قوله ولا تهمة فى ثبوته فى غيره) أقول فيه بحث فان الظاهر من كلام المصنف ان قوله لا تهمة فى ثبوتها يعم النكاح وغيره قال الاتقانى قوله لما بينا اشارة الى قوله اذ المعاين لا مرد له اهـ وفيه بحث أيضا

لان فى ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض فى ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض فى مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فى مرضه وقد علم بالبينة قال (فاذا قضيت) يعنى الديون المقدمة (وفضل شىء صرف الى ما أقر به فى حالة المرض) لان الاقرار فى ذاته صحيح وانما رد فى حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال (وان لم يكن

فى تعليلها (لان فى ايثار البعض ابطال حق الباقين) وهو لا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص عندنا نص عليه فى المبسوط وغيره وقال الشافعى المقبوض سالم للقابض لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضى دين من يخاف أن لا يسامحه بالابراء بعد موته بل يخاصمه فى الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره (وغرماء الصحة والمرض فى ذلك سواء) أى وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء فى الديون المعروفة الاسباب سواء فى عدم جواز ايثار البعض على البعض بقضاء الدين والعلة اشتراك الكل وتساويهم فى تعلق حقهم بمال المريض (الا اذا قضى ما استقرض فى مرضه) هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض وقوله فى مرضه متعلق بالفعلين جميعا أعنى قضى واستقرض فالمعنى الا اذا قضى فى مرضه ما استقرض فى مرضه وكذا قوله (أو نقد ثمن ما اشترى فى مرضه) أى نقد فى مرضه ثمن ما اشترى فى مرضه (وقد علم) وجوبه (بالبينة) أى والحال أنه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينة أو بمعاينة القاضى فحينئذ يجوز أن يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما ويسلم المقبوض لهما ولا يشاركهما فى ذلك غيرهما لانه لم يبطل حق الغرماء بل انما حوله من محل الى محل يعدله وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل وفى المبسوط أرأيت لو رد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة لا يمتنع ذلك فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل قال فى النهاية وذكر فى الذخيرة باوضح من هذا البيان فان قضى المريض ديون هؤلاء هل لغرماء الصحة أن يشاركوهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والآجر لان المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا أن حق غرماء الصحة فى معنى مال المريض لا فى أعيانه وهذا لا يكون ابطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل ألا يرى أنه لو باع ماله ليوفى حقوقهم كان له ذلك فاما فى النكاح والاجارة فبقضاء المهر والاجر أبطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لان ما وصل اليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض فى حقهم وعدمه بمنزلة فكان ابطالا لحقهم وليست له ولاية الابطال انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (فاذا قضيت) على صيغة المجهول وفسر المصنف القائم مقام الفاعل بقوله (يعنى الديون المقدمة) وأراد بالديون المقدمة ديون الصحة والديون اللازمة فى المرض باسباب معلومة (وفضل شىء) هذا من كلام القدورى يعنى وفضل شىء من التركة بعد قضاء الديون المذكورة (يصرف الى ما أقر به فى حالة المرض) قال المصنف فى تعليله (لان الاقرار فى ذاته صحيح) أى محمول على الصدق فى حق المقر لصدوره عن أهله فى محله اذ الكلام فيه فيكون حجة عليه (وانما رد فى حق غرماء الصحة) لكونه متهما فى حق الغير (فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته) أى صحة اقراره فى المرض لزوال المانع (قال) أى القدورى فى مختصره (وان لم يكن

اقرار المريض بالدين ثانيا بعد ما أقر أولا فى حال مرضه لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره فى حال المرض اذا كان له غرماء الصحة لتعلق حق غرماء الصحة بماله فاجاب عنه وقال ليس كذلك لان الاقرارين فى حالة المرض بمنزلة اقرار واحد لكون أحوال المرض بمنزلة حالة واحدة فى حق الحجر كما أن أحوال الصحة كلها بمنزلة حالة واحدة فى حق الاطلاق (قوله وغرماء الصحة والمرض فى ذلك سواء) أراد من غرماء المرض ما يكون لهم الاسباب المعروفة لان حق الكل فى التعلق بماله على اعتبار الموت على السواء (قوله الا اذا قضى ما استقرض فى مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فى مرضه وقد علم بالبينة) لانه ليس فيه ابطال حق الغرماء لانه حصل

(لان فى ذلك ابطال حق الباقين) فلا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا وقال الشافعى سلم له ذلك لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضى من يخاف أن لا يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه فى الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره (قوله الا اذا قضى ما استقرض) استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى فى مرضه ما استقرضه فى مرضه أو نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينة أو بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل آخر يعدله أرأيت لو رد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة لا فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل (فاذا قضيت الديون المقدمة) بنوعيها (وفضل شىء صرف الى ما أقر به فى حالة المرض لان الاقرار فى ذاته صحيح) أى محمول على الصدق فى حقه حجة عليه (وانما رد) حقا لغرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهرت صحته واذا لم يكن

(قوله أو نقد ثمن الخ) أقول يعنى نقد فى مرضه

عليه ديون في صحته جاز اقراره) لانه لم يتضمن ابطال حق الغير (وكان المقر له أولى من الورثة) لقول عمر رضي الله عنه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين

عليه) أي على المريض (ديون في صحته جاز اقراره) وان كان بكل ماله قال المصنف في تعليله (لانه لم يتضمن ابطال حق الغير) يعني أنه انما رد لتضمنه ابطال حق الغير فاذا لم يتضمن ذلك نفذ اقراره لعدم المانع (أقول) كان الظاهر في وضع المسئلة أن يقال وان لم يكن عليه ديون في صحته ولا ديون لازمة في مرضه باسباب معلومة جاز اقراره لان الديون اللازمة في المرض باسباب معلومة متقدمة أيضا على الدين الثابت باقرار المريض كما مر فاذا كان عليه تلك الديون فالظاهر أن لا يجوز اقراره وان لم يكن عليه ديون في صحته لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه باسباب معلومة (وكان المقر له أولى من الورثة) هذا من كلام القدوري أيضا قال المصنف في تعليله (لقول عمر رضي الله عنه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) والاثر في مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في التبيين قال صاحب غاية البيان فيه نظر لانه روي في مبسوط خواهرزاده وغيره عن ابن عمر لا عمر وكذا روى في الاصل حديث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله (أقول) هذا النظر غير وارد لان كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافي كونه مرويا عن عمر أيضا فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء في النقل الى أحدهما كما وقع في الكتب التي ذكرها وبعضهم الى الآخر كما وقع في الهداية والكافي وغيرهما سيما اذا اختلفت عبارة الفريقين في النقل ويؤيد ذلك ماذكره صاحب البدائع حيث قال ولنا ماروي عن عمر وابنه عبد الله رضي الله تعالى عنهما انهما قالا اذا أقر المريض لوارثه لم يجز واذا أقر لاجنبي جاز انتهى فتدبر (ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية) اذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين حائل بينه وبين الجنة كذا في الشروح (وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) عن الحاجة (ولهذا تقدم حاجته) أي حاجة الميت (في التكفين) والتجهيز (أقول) لقائل أن يقول ان كان قضاء الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لا يتم ماذكره المصنف فيما مر للفرق بين الدين الثابت باقرار المريض وبين الدين اللازم بمعاينة بقوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل ثم أقول يمكن أن يقال قضاء الدين الثابت باقرار المريض يكون من الحوائج الاصلية اذا لم يتحقق هناك دين الصحة والدين اللازم في المرض باسباب معلومة أو تحققا ولكن فضل شئ من التركة بعد قضائهما وأما اذا تحققا ولم يفضل شئ من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لان علة كونه من الحوائج الاصلية أن يرفع به الحائل بين المديون وبين الجنة كما مر وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض باسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما لانهما يحولان حينئذ بينه وبين الجنة مالم يرفعا بقضائهما بخلاف النكاح فان علة كونه من الحوائج الاصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال وأجاب بعض الفضلاء عن الايراد المزبور بانه لم يظهر ثبوت الدين فيما اذا أقر بدين في مرضه وعليه ديون الصحة لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الاصلية (أقول) يرد عليه أنه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما أقر به في مرضه وبين مالزم بنكاحه عدم ظهور ثبوت الاول لمكان التهمة وظهور ثبوت الثاني اذ المعاين لامرد له لا عدم كون الاول من الحوائج الاصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المصنف بخلاف النكاح فانه من الحوائج الاصلية ومورد الايراد انما هو قول المصنف

في يده مثل ما نقد وحق الغرماء يتعلق بمعنى التركة لا بالصورة فاذا حصل له مثله لا يعد تفويتا بخلاف ما لو قضى مهر امرأة تزوجها في المرض أو أجرة دار استأجرها لم يسلم لهما ويشاركهما غرماء الصحة لان ما حصل له من النكاح وسكنى الدار لا يصلح لتعلق حقهم فكان تخصيصهما ابطالا لحق الغرماء كذا في المبسوط (قوله

عليه ديون في صحته جاز اقراره) وان كان بكل المال (لعدم تضمنه ابطال حق الغير (وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير وذلك أقوى من قول عمر أجيب بان ذلك في الوصية وما في معناها والاقرار للاجنبي ليس من ذلك كما سيأتي (ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية) لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه

قوله كما سيأتي) أقول في آخر الصحيفة

قال

قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) واقرار المريض لوارثه باطل سواء أقر بعين أو بدين (الا أن يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي في أحد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه) بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيا في فكاك رقبته (فصار كالاقرار لاجنبي و بوارث آخر و بوديعة مستهلكة للوارث) كما اذا أودع أباه ألف درهم بمعاينة الشهود

فلما حضرت الوفاة الاب قال استهلكتها ومات وأنكر بقية الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف المريض انما يرد للتهمة ولا تهمة ههنا ألا ترى انه ان كذبناه فمات وجب الضمان أيضا في تركته لانه مات مجهلا (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين) وهو نص في الباب لكن شمس الائمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما وأراد به ماروي عنه اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فهو باطل الا أن

قال المصنف (لانه اظهار حق ثابت الخ) أقول فيه دلالة على ان الاقرار مظهر عنده أيضا لا سبب للوجوب كما يفهم من تقرير دليله المذكور في أول الباب ولعل فيه قولين عن الشافعي كما عن أصحابنا أو يقدر المضاف هناك والمعنى لاستواء سببي ظهورهما (قوله ألا ترى أنه ان كذبناه فمات وجب الضمان) أقول وبهذا خرج الجواب عن قياس الشافعي محل النزاع

قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح الا أن يصدقه فيه بقية الورثة) وقال الشافعي في أحد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي و بوارث آخر و بوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين

هذا ويمكن التوجيه فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) سواء أقر بعين أو بدين كما صرحوا به وعن هذا قال صاحب النهاية وهو باطلاقه يتناول العين والدين (الا أن يصدقه فيه) أي في اقراره هذا (بقية الورثة) و به قال الشافعي في قول وأحمد وهو قول شريح وابراهيم النخعي ويحيي الانصاري والقاسم وسالم وأبو هاشم (وقال الشافعي في أحد قوليه يصح) وهو قول أبي ثور وعطاء والحسن البصري وقال مالك يصح اذا لم يتهم ويبطل اذا اتهم كمن له بنت وابن عم فاقر لابنته لم يقبل ولو أقر لابن عمه قبل اذ لا يتهم أن يزيد في نصيبه ويتهم أن يزيد في نصيبها دليل ماقاله الشافعي في أحد قوليه ماذكره المصنف بقوله (لانه) أي لان هذا الاقرار (اظهار حق ثابت) أي اخبار عن حق لازم عليه (لترجح جانب الصدق فيه) اي في هذا الاقرار بدلالة الحال فان حال المرض أدل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الاقرار به (وصار) هذا الاقرار (كالاقرار لاجنبي و بوارث آخر) نحو أن يقر لمجهول النسب بانه ابنه فانه يصح وان تضمن وصول شئ من التركة اليه (و بوديعة مستهلكة للوارث) أي وكالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فانه صحيح وصورة ذلك على ماذكر في الجامع الكبير رجل أودع أباه ألف درهم في حال صحة الاب أو مرضه بمعاينة الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وأنكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز والالف من تركته للابن المقر له خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عنه أنا لو لم نعتبر اقراره يصير كانه مات مجهلا فيجب الضمان فلا يفيد رد اقراره ولان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة في المعاينة انتهى (أقول) جوابهم الثاني ليس بصحيح لان الثابت بالمعاينة في المسئلة المذكورة انما هو ايداع الوارث تلك الوديعة لا استهلاك المورث اياها وانما ثبت الاستهلاك باقرار المورث لا غير كما هو المفروض في هاتيك المسئلة فبقي الكلام في صحة الاقرار بالاستهلاك فالصواب من جوابهم هو الاول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لان تصرف المريض انما يرد للتهمة لا لخلل فيه ولا تهمة في هذا ألا يرى أنا اذا كذبناه فمات وجب الضمان أيضا في تركته لانه مات مجهلا انتهى وكأن تلك الجماعة من الشراح اغتروا بما في الجامع الكبير من قوله ولا تهمة في هذا ففهموا أن وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعاينة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر سواء صدق في اقراره أم كذب لانه مات مجهلا كما هو الظاهر من التنوير المذكور فيه ثم ان صاحب العناية لم يصب أيضا في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعي مع أن التعليل المذكور حجة على الشافعي لا له وانما الصواب أن يذكر مضمون ذلك التعليل ههنا على وجه الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسئلة المذكورة كما ذكره غيره (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين) رواه الدارقطني في سننه

لترجح جانب الصدق) اذ العقل يمنعه عن الاقدام على الكذب و بالمرض يزداد الامتناع لكونه حالة الندم والانابة (قوله و بوارث آخر) والجامع هو أن حق الباقين كما يبطل بتخصيص البعض بالاقرار بالدين فكذلك يبطل حقهم بالاقرار بوارث آخر وهو صحيح بالاتفاق فينبغي أن يصح هذا الاقرار أيضا اذ كل واحد من الاقرارين اضرار بالوارث المعروف (قوله و بوديعة مستهلكة) أي أقر باستهلاك وديعة كان ثبوتها بالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فلا يناسب ذكره في تقرير دليله (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث الحديث) أقول رواه الدارقطني كذا قال الاتقاني (قوله لكن شمس الائمة قال هذه الزيادة الخ) أقول يعني في المبسوط (قوله وأراد به الخ) أقول يعني أراد بقول ابن عمر رضي الله عنهما

ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق

عن نوح بن دراج عن أبان بن ثعلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين قال شمس الائمة السرخسى فى مبسوطه وحجتنا فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام ألا لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين الا أن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة وانما المشهور قول ابن عمر رضى الله عنهما اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فهو باطل الا أن يصدقه الورثة وبه أخذ علماؤنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى وقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون اجماعا انتهى أقول كل واحد من الحديث الذى رواه الدارقطنى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والاثر الذى روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما انما يدل على بطلان اقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة ومسئلتنا تعم بطلان اقراره له بالدين وبالعين كما صرحوا به فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى اللهم الا أن يلتزم ذلك بناء على افادة الدليل العقلى الآتى كلية المدعى فتأمل (ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه ولهذا يمنع) أى المريض (من التبرع على الوارث) كالوصية والهبة له (أصلا) أى بالكلية (ففى تخصيص البعض به) أى ففى تخصيص بعض الورثة بماله (ابطال حق الباقين) أى ابطال حق باقى الورثة وهو جور عليهم فيرد ونذكر ههنا ما ورد عليه من الاشكال بالاقرار فى المرض بوارث آخر وجوابه فانا قد ذكرناهما فيما مر نقلا عن المبسوط والاسرار فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا أقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه جزافا وبالمرض تزداد جهة الصدق لان الباعث الشرعى ينضم الى العقلى فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار للوارث ايصال نفع اليه من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز أنه أراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبى لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع اليه بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرء فى تحصيل المقصود به انشاء لا تتمكن التهمة فى اقراره كذا فى الكفاية ومعراج الدراية (ولان حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقرابة) تمنع عن ذلك لانها (سبب التعلق) أى سبب تعلق حق الاقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشىء منه بلا مخصص وعلى هذا التقرير الذى هو مختار صاحب العناية يكون قول المصنف ولان حالة المرض حالة الاستغناء الخ دليلا مستقلا على أصل المسئلة وهو الظاهر من أسلوب تحريره وقال بعض الفضلاء قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الخ فانه كان دليلا انيا وهذا دليل لمى انتهى (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن تقديم قوله ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين يأبى عن ذلك جدا لان قوله لانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه مقدمة لدليل أصل المسئلة وقوله ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين مقدمة أخرى له مربوطة بالاولى ولو كان قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء معطوفا على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلا على المقدمة الاولى كالمعطوف عليه فيلزم توسيط المقدمة الثانية بين دليلى المقدمة الاولى ولا يخفى ما فيه نعم يصلح قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق لان يكون دليلا على

معاينة وفى الجامع الكبير أودع اباه ألف درهم فى حالة صحة الاب أو مرضه بمعاينة الشهود فلما حضر الاب الموت قال استهلكتها وأنكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز وجوابنا عن ذلك انا لو لم نعتبر اقراره يصير مجهلا ويجب الضمان فلا يفيد رد الاقرار ولان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة فى المعاينة (قوله ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه) فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا أقر بالدين

يصدقه الورثة وبه أخذ علماؤنا لان قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس (ولان حق الورثة تعلق بماله فى مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين) وتذكر ما أوردنا بالاقرار بوارث آخر وما أجبنا به عنه (ولان حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقرابة) تمنع عن ذلك لانها (سبب تعلق حق الاقرباء بالمال) وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشىء منه

قال المصنف (ولهذا يمنع من التبرع الخ) أقول منعا كليا لا بالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا بما زاد فانه اذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضا تدبر قال المصنف (ففى تخصيص البعض به الخ) أقول الظاهر أن يقال وفى بالواو قال المصنف (ولان حالة المرض الخ) أقول عطف على قوله ولهذا الخ فانه كان دليلا انيا وهذا دليل لمى (قوله يورث تهمة تخصيصه) أقول لجواز أنه أراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية

الا

بلا مخصص (الا ان هذا التعلق لم يظهر فى حق الاجنبى لحاجته الى المعاملة فى حالة الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه) فان قيل فالحاجة موجودة فى حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبى

يعاملون مع الوارث أجاب بقوله

الا أن هذا التعلق لم يظهر فى حق الاجنبى لحاجته الى المعاملة فى الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر فى حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح اقراره قال (واذا أقر لاجنبى جاز وان أحاط بماله) لما بينا والقياس أن لا يجوز الا فى الثلث لان الشرع قصر تصرفه

قوله ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه لولا توسيط قوله ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وعن هذا قال فى الكافى ولانه آثر بعض ورثته بشىء من ماله بعد تعلق حق الكل بماله فيرد كما لو أوصى له بشىء من ماله وهذا لان حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيها والظاهر ان الانسان لا يحتاج الى ماله لانتهاء آماله عند اقباله على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق أقربائه ولهذا منع من التبرع على وارثه أصلا فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقين انتهى وقال فى التبيين ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من ابطال حق البقية كالوصية وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لهم انتهى تبصر (الا أن هذا التعلق) أى تعلق حق الورثة بمال المريض فى حالة المرض (لم يظهر فى حق الاجنبى) حيث لم يمنع اقرار المريض لاجنبى (لحاجته) أى لحاجة الانسان (الى المعاملة) مع الناس (فى الصحة) أى فى حالة الصحة فلو لم يصح اقراره بالكلية فى حالة المرض لم تقض حاجته فى حالة الصحة (لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) فى الصحة بناء على جواز أن يعرضه المرض فتختل مصالحه فيقع فى الحرج وهو مدفوع شرعا ولما استشعر أن يقال الحاجة موجودة فى حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبى يعاملون مع الوارث أجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (ولم يظهر) أى وكذا لم يظهر هذا التعلق (فى حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) أى لحاجة الانسان الى الاقرار بالوارث أيضا لان الاقرار بالنسب من حوائجه الاصلية لانه يحتاج الى ابقاء نسله فلا ينحجر عنه لحق الورثة (ثم هذا التعلق) أى تعلق حق الورثة بمال المريض فى مرضه (حق بقية الورثة فاذا صدقوه) أى اذا صدق بقية الورثة المقر لوارث (فقد أبطلوه) أى أبطلوا حقهم (فيصح اقراره) وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذى ذكره القدورى فى مختصره بقوله الا أن تصدقه فيه بقية الورثة) واذا أقر لاجنبى جاز وان أحاط بماله لما بينا) اشارة الى قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب اليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العينى وفى العناية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان (والقياس أن لا يجوز الا فى الثلث) وهو مذهب بعض الناس كما ذكره شيخ الاسلام فى مبسوطه (لان الشرع قصر تصرفه)

لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه جزافا وبالمرض تزداد جهة الصدق لان الباعث الشرعى ينضم الى العقل فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار ايصال نفع الى الوارث من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز انه أراد به الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبى لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرء فى تحصيل المقصود به انشاء لا تتمكن التهمة فى اقراره ألا ترى أن الوكيل يصح اقراره بالبيع قبل العزل لا بعده ولان تعلق حق الورثة بماله فى المرض لا يظهر فى حق الاجنبى لكثرة حاجته الى المعاملة معه فى الصحة فلو تحجر عن الاقرار بالمرض

(وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (و) لهذا (لم يظهر فى حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) وهو السؤال المذكور آنفا (ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد أبطلوه فصح الاقرار) قال (واذا أقر لاجنبى جاز الخ) واذا أقر المريض لاجنبى صح وان أحاط بماله لما بينا ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضى جوازه الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما مر الا انا قلنا لما صح اقراره فى الثلث كان له التصرف فى الثلث الباقى لان الثلث بعد الدين محل التصرف فنفذ الاقرار فى الثلث الثانى ثم وثم الى أن يأتى على الكل فان قيل للمريض حق التصرف فى ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه فى ثلث ماله صح له التصرف فى ثلث الباقى لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته فى ثلثه أيضا ثم

وثم الى أن يأتى على الكل فالجواب أن الثلث بعد الدين محل التصرف للمريض فكلما أقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس

(قوله كما مر) أقول فى آخر الصحيفة السابقة

عليه الا أنا نقول لما صح اقراره فى الثلث كان له التصرف فى ثلث الباقى لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتى على الكل قال (ومن أقر لاجنبي ثم قال هو ابنى ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان أقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها) ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج

أى تصرف المريض (عليه) أى على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا فى الثلث فكذا الاقرار وجب أن لا ينفذ الا فى الثلث كذا قالوا (أقول) لقائل أن يقول الشرع انما قصر على الثلث تصرفه الذى لم يكن من الحوائج الاصلية دون مطلق التصرف والالزم أن لا ينفذ تصرفه فى نحو ثمن الاغذية والادوية الا فى مقدار الثلث ولم يقل به أحد وقد تقرر فيما مر أن قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلم يجر القياس المذكور فى الاقرار بالدين اللهم الا أن يدعى أن كون قضاء الدين من الحوائج الاصلية على موجب الاستحسان أيضا دون القياس (الا انا نقول) فى وجه الاستحسان (لما صح اقراره فى الثلث) لانتفاء التهمة عن اقراره فى ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به (كان له التصرف فى ثلث الباقى لانه الثلث بعد الدين) والثلث بعد الدين محل التصرف قطعا فينفذ الاقرار فى الثلث الثانى (ثم وثم حتى يأتى على الكل) كذا فى الايضاح وعامة المعتبرات (أقول) فيه شئ وهو أن الاتيان على الكل غير متصور فى الوجه المزبور أما على القول بالجزء الذى لا يتجزأ كما هو مذهب المتكلمين فظاهر لان التثليث اذا انتهى الى ثلاثة أجزاء فأخرج منها أحدها وبقى جزآن امتنع بعد ذلك اخراج الثلث من ذينك الجزأين الباقيين لعدم امكان التجزؤ فى شئ منهما وأما على القول بامكان القسمة الى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فكذلك لان الثلث فى كل مرتبة لا يحتمل أن يكون عين الكل للقطع بمغايرة الجزء للكل لا يقال مرادهم الاتيان على قريب من الكل لا على الكل حقيقة لانا نقول فحينئذ لا يتم التقريب لان المدعى جواز الاقرار لاجنبي وان أحاط بكل ماله حقيقة تدبر ونقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله اذا لم يكن عليه دين فانها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور فيها لان المريض له حق التصرف فى ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه فى ثلث ماله كان له التصرف فى ثلث الباقى لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته فى ثلثه أيضا ثم وثم الى أن يأتى على الكل وأجيب بان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فلما أقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشئ محل تصرف المريض وصية وانما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر لاجنبي) فى مرضه بمال (ثم قال هو ابنى ثبت نسبه منه) أى ثبت نسب المقر له من المقر (وبطل اقراره) بالمال (فان أقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها) بخلاف الهبة والوصية حيث بطلتا لها أيضا وقال زفر بطل الاقرار لها أيضا لانها وارثة له عند الموت فصارت التهمة وهى المعتبر فى الباب ولنا ما ذكره المصنف بقوله (ووجه الفرق) أى بين المسئلتين (ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه أقر لابنه فلا يصح) يعنى ان النسب اذا ثبت ثبت مستندا الى وقت العلوق فتبين بذلك أن اقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل (ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج) يعنى أن

يمتنع الناس عن المعاملة معه وبخلاف الاقرار بوارث آخر لحاجته الى ابقاء نسله فلا ينحجر بحق الورثة كما لا ينحجر عن الانفاق لبقاء نفسه فان قيل لو أقر لامرأة أنه بمهرها صدق الى مهر مثلها قلنا لا تهمة فى حق اقراره لوجوب مهر المثل لان وجوب مهر المثل بحكم صحة النكاح لا باقراره ألا ترى أن عند المنازعة جعل القول قولها الى مقدار مهر مثلها ولهذا لو أقر لها بزيادة على مهر مثلها بطلت الزيادة لان وجوبها باعتبار اقراره وهو متهم فى حقها لانها من ورثته (قوله وان أقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها) قيد بالاقرار لانه لو وهب لها

الثلث بعد الوصية بشئ محل تصرف المريض وصية بل الثلث محلها ليس الا فافترقا قال (ومن أقر لاجنبي الخ) المقر له اما أن لا يكون وارثا للمريض أو يكون وارثا والوارث اما مستمر أو غير مستمر وغير المستمر اما أن يكون وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت لحجب أو لغيره واما أن يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الاقرار لحجب أو لغيره وما لغيره فاما أن يكون سبب الارث مما يستند الى وقت العلوق أولا واما أن يكون أعنى غير المستمر وارثا فى الحالين غير وارث بينهما فذلك ثمانية أوجه ففيما لم يكن أصلا صح اقراره بالاجماع وفيما كان وارثا مستمرا لا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان الانتفاء لحجب كما اذا أقر لاخيه وهو وارث ثم ولد له ولد أو أسلم الولد الكافر أو أعتق الرقيق صح الاقرار باتفاق بين أصحابنا لان الوراثة بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي وان كان لغيره أى لغير الحجب كما اذا طلق زوجته فى مرضه ثلاثا بامرها وقد أقر لها بدين فلها الاقل من الدين

(قوله وما لغيره) أقول أى لغير الحجب (قوله واما أن يكون) أقول معطوف على قوله واما أن يكون وارثا حالة الموت وهذا القول معطوف على قوله اما أن يكون وارثا حالة الاقرار (قوله كما اذا طلق زوجته فى مرضه ثلاثا بامرها) أقول لابد من التأمل فى أن الصورة المذكورة فى الكتاب بقوله ومن طلق زوجته فى مرضه ثلاثا ثم أقر الخ فى أية هذه الصورة يندرج فانها لم تندرج فيما ذكره الشارح لمكان ثم فى عبارة الكتاب والمذكور فى الشرح لما كان المقر له وارثا حال الاقرار

فبقى

فبقى اقراره لاجنبية قال (ومن طلق زوجته فى مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه) لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة فى أقل الامرين فيثبت

الزوجية اذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد (فبقى اقراره لاجنبية) فيصح بخلاف الهبة والوصية لان الوصية تمليك بعد الموت وهى وارثة حينئذ والهبة فى المرض فى حكم الوصية على ما يأتى بيانه وفى وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصرانى أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التى صار بها وارثا فى ثانى الحال وليس هذا كالذى أقر لامرأة ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن هناك قائما وقت الاقرار انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن طلق زوجته فى مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه) أى من الزوج قال الامام الزيلعى فى شرح الكنز هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار وقد بيناه فى طلاق المريض انتهى وقال نجم الدين الزاهدى فى شرح مختصر القدورى وفى بعض النسخ والشروح ومن طلق زوجته فى مرضه ثلاثا بسؤالها ثم أقر لها بدين والموضعان صحيحان والحكم فيهما واحد على ما قرره فى الجامع والمحيط غير أنه لولا الاقرار ففى الوضع الاول ترثه اذا مات فى العدة وفى الوضع الثانى لا ترثه ومع هذا اذا أقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه (أقول) قد اختلف رأياهما فى استخراج هذا المقام والذى يطابق ما مر فى كتاب الطلاق من هذا الكتاب ما ذكره الزيلعى فانه قال هناك وان طلقها ثلاثا فى مرضه بامرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث فكانت المسئلة مقيدة هناك بما قيده الزيلعى ههنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما اذا طلقها بغير أمرها ثم انى تتبعت عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط ولم أظفر فى شئ منها بكون الحكم واحدا فى الموضعين المذكورين بل أينما وجدت المسئلة المزبورة مذكورة مع الحكم المسفور وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بامرها فالظاهر ما ذكره الزيلعى وأما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافى وكثير من الشراح ههنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح به فى كتاب الطلاق ثم ان صاحب العناية من الشراح وان قيد المسئلة ههنا أيضا بالقيد المذكور الا أنه فسرها حيث جعلها مثالا لما اذا كان المقر له وارثا حالة الاقرار دون الموت فغيرها عن وضعها المذكور فى الكتاب فقال كما اذا طلق زوجته فى مرضه ثلاثا بامرها وقد أقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث والمذكور فى الكتاب ثم أقر لها وبينهما بون لا يخفى قال المصنف فى تعليل مسئلة الكتاب (لانهما) أى الزوجين (متهمان فيه) أى فى هذا الاقرار (لقيام العدة) أشار بهذا الى أن وضع المسئلة فيما اذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة وأما اذا كان موته بعد انقضائها فاقراره لها جائز (وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله) أى فلعل الزوج (أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها) فوقعت التهمة فى اقراره (ولا تهمة فى أقل الامرين فيثبت) أى أقل الامرين قال علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى ولو أقر لامرأة أنه بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاص غرماء الصحة به لانه أقر بما ملك انشاءه فانعدمت التهمة ولو أقرت المرأة فى مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها أقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض فى الذمة ثم يلتقيان قصاصا والاقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى وفى الفتاوى

هبة أو أوصى لها بوصية ثم تزوجها يبطل لان ذا تمليك بعد الموت وهى وارثة حينئذ واذا أقر المريض لاخيه

والميراث لوجود تهمة الايثار بقيام العدة فلعله استقل ميراثها وباب الاقرار للوارث مسدود فأقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة فى الاقل فيثبت وفيما اذا كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان لحجب كما اذا أقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لزفر اعتبارا لحالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما اذا أقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين بموت الحاجب وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا أقر لاجنبي فى مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره وان لم يستند كما اذا أقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان بالمستند تبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا فى الحالين دون الوسط كما اذا أقر لزوجته ثم أبانها ثم تزوجها بعد مضى العدة ومات بطل الاقرار عند أبى يوسف وجاز عند محمد وهو القياس لانها ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يكن ليس بمستند كما اذا أقر لشخص فى مرضه ثم صح ثم مرض فمات ووجه قول أبى يوسف وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فاذا وجد سبب الوراثة عند الاقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول فى تقرير صفة الوراثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن مقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار

(قوله كما اذا أقر لاجنبي فى مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره) أقول والاقرار للابن المحروم اذا أسلم أو عتق بعد الاقرار من هذا القبيل عنده على ما يجىء فى كتاب الوصية

(فصل) (ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا) لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط أن يولد مثله لمثله كي لا يكون مكذبا في الظاهر وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية (ويشارك الورثة في الميراث)

الصغرى المريضة اذا أقرت باستيفاء مهرها فان ماتت وهي منكوحة أو معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت غير منكوحة ولا معتدة بان طلقها قبل الدخول يصح

(فصل في بيان الاقرار بالنسب) قدم الاقرار بالمال على الاقرار بالنسب لكثرة وقوع الاول وقلة وقوع الثاني ولا ريب في أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان وانما أفرد الثاني بفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والاحكام كما سيظهر (ومن أقر بغلام يولد مثله) أي مثل ذلك الغلام (لمثله) أي لمثل المقر يعني هما في السن بحيث يجوز أن يولد المقر له للمقر (وليس له) أي للغلام (نسب معروف) بل كان مجهول النسب (انه ابنه) أي أقر أنه ابنه (وصدقه الغلام) أي فيما اذا كان يعبر عن نفسه وأما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرح جوابه قاطبة (ثبت نسبه منه) جواب المسئلة أي ثبت نسب الغلام من المقر (وان كان) المقر (مريضا) الى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليل المسئلة (لان النسب مما يلزمه خاصة) يعني أن النسب في الصورة المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير (فيصح اقراره به) وان كان مريضا لان اقرار المريض انما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة ههنا (وشرط أن يولد مثله لمثله كي لا يكون مكذبا في الظاهر) فلا يصح اقراره (وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه) أي لان كون نسبه معروفا (يمنع ثبوته من غيره) لان النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته (وانما شرط تصديقه) أي تصديق الغلام (لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه) واذا كان في يد نفسه يعبر فلا بد من تصديقه لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر في التبيين (أقول) ينتقض هذا التعليل بالاقرار بغير النسب كالمال ونحوه اذ لا يشترط في لزوم ما أقر به هناك تصديق المقر له ولكن يرد الاقرار برده على ما تقرر في صدر كتاب الاقرار مع جريان أن يقال في ذلك أيضا ان الحق له فينبغي أن لا يثبت بدون تصديقه وقال في البدائع لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى (أقول) تضمن الاقرار بالنسب ابطال يد المقر له محل المنع فتأمل وقال في التسهيل لما فيه من الزام حقوق النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى (أقول) هذا أظهر الوجوه وهو الحق عندي اذ لا شك انه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وما أشبههما وفي بعضها مشقة على المقر له ففي الاقرار بالنسب الزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو نفع محض للمقر له فغنيه بدمن التزامه (بخلاف الصغير) الذي لا يعبر عن نفسه لانه في يد غيره فلا يشترط تصديقه (على ما مر من قبل) أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (ولا يمتنع بالمرض) أي لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض (لان النسب من الحوائج الاصلية) فصار كالنكاح بمهر المثل (ويشارك الورثة في الميراث) هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره أي ويشارك

وللمقر ابن فمات الابن قبله ثم مات المقر فان اقراره للاخ باطل لان المريض محجور عن الاقرار للوارث والاخ وارث الا أنه محجوب بالابن فاذا زال الحاجب قبل الموت صار وارثا بالسبب الموجود وقت الاقرار فاستند الحجر اليه وأما في الاجنبية فسبب الارث يثبت بعد الاقرار فلا يمكن استناد الحجر الى ما قبل العلة والله أعلم

(فصل ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله) لان النسب مما يلزمه خاصة قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعلى المولود له رزقهن ولان مؤنة الولد على الاب خاصة فيكون اقراره به على نفسه فيقبل من غير تصديق الام (قوله على ما مر من قبل) أي في فصل التنازع بالايدي من كتاب الدعوى

(فصل) ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال لقلته ولصحة الاقرار بالولد ثلاث شرائط أن يكون يولد مثله لمثله كي لا يكون مكذبا في الظاهر وأن لا يكون الولد ثابت النسب اذ لو كان لامتنع ثبوته من غيره وأن يصدق المقر في اقراره اذا كان يعبر عن نفسه لانه في يد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى النسب ولا يمتنع الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته

(فصل ومن أقر بغلام) (قوله لقلته) أقول هذا وجه التأخير وأما وجه ذكره في فصل على حدة فلم يتعرض له لظهوره

لانه

لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى) لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير

الغلام المقر له بالبنوة سائر الورثة في ميراث المقر قال المصنف في تعليله (لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته) أي ورثة المقر بالنسب (قال) أي القدوري في مختصره (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد) أي بالشرائط التي مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعتبرات (أقول) لا يذهب عليك أن المسئلة المتقدمة مندرجة في هذه المسئلة اذ لا يدل عليها صراحة قوله ههنا والولد فاذا كانت الشرائط المعتبرة هناك معتبرة ههنا أيضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على الاستقلال كما وقع في مختصر القدوري وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى ولهذا لم يقع كذلك في الاصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى (والزوجة) أي ويجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط ههنا أن تكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون تحت المقر أختها ولا أربع سواها نص عليه في الكافي والشروح (والمولى) أي ويجوز اقراره بالمولى يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل هذا اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير لان الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار بالنسب فكذلك في الولاء كذا في الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية اعلم أن هذا الذي ذكره ههنا من صحة اقرار المقر بالام حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرها والله تعالى أعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فتحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه قال صاحب العناية وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى يعني أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى أعلم بصحته (أقول) فيه بحث أما أولا فلان دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام اياه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات كما سيأتي فاذا لم يجز تصديقها اياه لم يجز اقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط وأما ثانيا فلان تردد صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما نشأ مما صرح به في عامة الروايات بان اقرار الرجل يصح بار بعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرف في الاصول فلما لم يجز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للجواز فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجاز أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الخفي الذي هو الاستحسان وبكل واحد منها يترك القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضا فلا أقل من المساواة وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعترض بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب والدليل المذكور فيه بان الاقرار بامومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة فينبغي أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد يصح أيضا اذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفي ذلك انتهى (أقول) لا نسلم أن الاقرار بامومية المرأة فيه تحمل النسب على الغير وان كانت متزوجة بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضا بناء على كونه الاصل في النسب فكانه أقر على نفسه بالانتساب اليه أيضا وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب ألزم نفسه بالانتساب اليه ولم يقل أحد ان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل

(قوله ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى) أي اذا صدقوه الا الولد اذا كان صغيرا في يده

قال (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين الخ) هذا بيان ما يجوز الاقرار به وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل جائز سواء كان اقراره بهؤلاء في حال الصحة أو المرض لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف والمذكور في المبسوط والايضاح والجامع

قال المصنف (ويجوز اقرار الرجل الخ) أقول وفيه بحث فان الاقرار بامومية المرأة فيه تحميل النسب على زوجها فينبغي أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فانه يصح أيضا اذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفي ذلك فليتأمل (قوله وليس فيه تحميل النسب على الغير) أقول فيه تامل فان الاقرار بامومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت

(و يقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما بينا (ولا يقبل بالولد) لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه (الا أن يصدقها الزوج) لان الحق له (أو تشهد بولادته قابلة) لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى

نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على الغير اقرار على غيره لا على نفسه فكانه دعوى أو شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره (و يقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) أنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والانوثة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها و يستوي في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط (ولا يقبل) أي لا يقبل اقرار المرأة (بالولد) وان صدقها (لان فيه) أي في اقرارها بالولد (تحميل النسب) أي تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لان النسب منه) أي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم (الا أن يصدقها الزوج) استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعني اذا صدقها الزوج يقبل اقرارها بالولد (لان الحق له) أي للزوج فيثبت بتصديقه (أو تشهد بولادته قابلة) أي أو الا أن تشهد قابلة بولادته أي بتولد ذلك الولد من تلك المرأة وفي بعض النسخ بولادتها أي بولادتها اياه ففي هذه النسخة أضيف المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفي الاولى عكس الامر (لان قول القابلة في هذا) أي في هذا الخصوص (مقبول) اذ الفرض أن الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة (وقد مر في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم (وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) من هذا الكتاب وذلك التفصيل هو أن اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلابد من حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله وأما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها والاصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراره مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن أقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق كذا في شرح الاقطع فان قلت لاي معنى يثبت نسب الولد من الاب دون الام مع أن الولد ولد منهما وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة أو الخمسة المذكورة دون من سواهم مع أن الرجل اذا

(قوله لما بينا) أي لانه أقر بما يلزمه (قوله وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) وهو ما ذكر في باب دعوى النسب انها اذا كانت ذات زوج لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ولو كانت معتدة فلابد من حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها (قوله و يقبل اقرار المرأة بالوالدين) ذكر في بعض الفوائد ينبغي أن يقال بالوالد لانه يترا أى تناقضا لان هذا الكلام يقتضي أن أحد الوالدين هذه أي ولد صدقته يصح وذكر بعد هذا أن اقرار المرأة بالولد لا يصح قلت هذا ليس بتناقض لان الكلام ثمة في اقرار المرأة بالولد وهنا في اقرارها بالوالدة ولا مانع من صحة اقرارها بالوالدة اذ ليس فيها الزام النسب على الغير فيصح لكن الكلام في تصديقها فانه يصح في حال وهو ما اذا لم تكن ذات زوج ولا يصح في حال وهو ما اذا كان لها زوج فثبت أن اقرار المرأة بالوالدين يصح مطلقا وتصديقها الابنة يصح في حال دون حال ومثل هذا لا يعد تناقضا وهذا واضح جدا (قوله وقد مر) لان سبب ثبوت النسب من الرجل خفي وهو الوطء ولا يقف عليه غيره فيقبل فيه بمجرد قوله وسبب ثبوت النسب من المرأة الولادة و يمكن أن يقف عليها غيرها وهي القابلة فلم يكن مجرد قولها فيه حجة

الصغير للامام المحبوبي ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور و يقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا أنه أقر بما يلزمه الخ وقال في المبسوط واقرار المرأة يصح بثلاثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة والامر في ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعليه الاجماع الا أن يصدقها الزوج لان الحق له أو تشهد القابلة بالولادة اذ الفرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق (قوله وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج وأما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها

متزوجة وان قيد بعدم التزوج فاقرارها بالولد بهذا القيد صحيح فما وجه قوله ولا يقبل بالولد كما فصلناه في القول السابق

ولا

(ولابد من تصديق هؤلاء) والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون أختها تحت المقر ولا أربع سواها

ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر

ولابد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من أحكامه وعند أبي حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع

أقر بالاخ بعد موت أبيه يشاركه في تركة أبيه على ما سيأتي في الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حياته كما ذكر في المحيط والذخيرة قلت أما الاول فلان الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث أضاف الولد الى الاب بلام الملك ولذلك اختص الاب بالنسب وأما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهي صحة اقرار الاب بالولد ووجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد في نسبه وأما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الاربعة أو الخمسة فهي ثبوت على طريق الخصوص لا على طريق العموم أي ان حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تقرير الصحة اقراره حتى انه اذا أقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة ذلك ويرث من أبي المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوته لابنه وأما فيما سوى الاربعة أو الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر به ظهر انه في موضعين أحدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من أقر باخ وله ورثة سواه يجحدون اخوته فمات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من أبي المقر وأمه بخلاف من صح اقراره في حقه كما ذكرناه والثاني صحة رجوع المقر عما أقر في حق من سوى الاربعة أو الخمسة وعدم صحته في حق هؤلاء فان من أقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقر يصح حتى انه لو أوصى بماله كله لانسان بعد الاقرار باخ كان ماله كله للموصى له لان النسب لما لم يثبت كان اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما أقر وأما أخذ الاخ المقر له تركة المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار ان ذلك صار بمنزلة الموصى بجميع المال و باعتبار أن اقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر في حال حياته الى هذا كله أشار في الذخيرة وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي قال المصنف (ولابد من تصديق هؤلاء) أي لابد من تصديق المقر لهم المذكورين لانهم في أيدي أنفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم كذا في الكافي وغيره الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه أو عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغيره يشترط تصديق مولاه كذا في التبيين (و يصح التصديق في النسب بعد موت المقر) يعني أن المقر له بالنسب اذا صدق في حال حياة المقر يصح فكذا اذا صدق بعد موته (لان النسب يبقى بعد الموت) فيصح تصديق المقر له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت به أحكام النسب باسرها قال تاج الشريعة ولا يشكل هذا بايجاب البائع اذا مات قبل قبول المشتري لان الاقرار تام في نفسه والتصديق شرط فكان كما اذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم مات البائع لا يبطل أما الايجاب ثمة فليس بتام لان القبول ركن اه (وكذا تصديق الزوجة) أي وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها في الاقرار بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر والميراث (لان حكم النكاح) وهو العدة (باق) بعد الموت فان العدة واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح ألا يرى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه (وكذا تصديق الزوج بعد موتها) أي وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعد موتها في الاقرار بالزوجية فعليه مهرها وله الميراث منها (لان الارث من أحكامه) أي من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد الموت كالعدة وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (وعند أبي حنيفة لا يصح) تصديق الزوج بعد موتها (لان النكاح انقطع

(قوله لان حكم النكاح باق) لانه مالك فيبقى ملكه الى انقضاء العدة ولهذا حل لها أن تغسله فاعتبر تصديقها بخلاف جانبها لانها مملوكة وذا حق عليها (قوله يصح تصديق الزوج بعد موتها) لان الارث

بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح ألا ترى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال أبو حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار و يفسر بما ذكرتم و يمكن أن يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز أن

(قوله معناه أن التصديق الخ) أقول فيه بحث (قوله ولقائل أن يعارض) أقول هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فانه لم يعين ان المراد من حكم النكاح في قوله

حكم النكاح باق هو العدة فلعله أراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت في حال النكاح أيضا ولو عينه لامكن أن يقال أراد بالعدة ما يلازمها من أمثال ما ذكرنا مجازا فلا اشكال

بالموت ولهـذا لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار

بالموت) حـتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعا سواها (ولهذا لا يحل له غسلها) بعد موتها (عندنا) ولا عدة عليه ليصح باعتبارها كما فى العكس (ولا يصح التصديق على اعتبار الارث) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قول أبي حنيفـة تقريره سلمنا أن تصديق الزوج اياها بعد موتها لا يصح نظرا الى انقطاع النكاح بالموت بدليل أن الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا ولكن لم لا يصح تصديقه اياها بعـد موتها نظرا الى الارث الذى هو من حق آثار النكاح أيضا فقال لا يصح التصديق على اعتبار الارث (لانه) أى لان الارث (معدوم حالة الاقرار) أى حالة اقرار الزوجة بالنكاح (وانما يثبت) أى الارث (بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار) قال صاحب العناية معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث انتهى (أقول) لا يخفى على الفطن أن معنى كلام المصنف ههنا أن التصديق يستند الى أول الاقرار بالنكاح والارث معدوم فى تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم وقتئذ وأما المعنى الذى ذكره صاحب العناية فمع كونه مما لا يساعده عبارة المصنف أصلا ليس بسديد ههنا أما أولا فلانه لم يقل أحـد بان التصديق يثبت بنفس الارث حتى يتم أن يقال فى الجواب عنـه لا يمكن أن يثبت التصديق بالارث لثبوت الارث به بل قيل بصحـة التصـديق باعتبار مصادفته وقت الارث الذى هو من آثار النكاح ولا ينافيـه ثبوت نفس الارث بالتصديق وأما ثانيا فلان ذلك ينتقض بما اذا كان التصديق قبل موتها فانه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع أنه يجرى أن يقال ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن أن يثبت بثبوت النكاح وأما ثالثا فلانه يلزم حينئذ أن يكون قول المصنف لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت ضائعا مستدركا لجريان ذلك المعنى وان فرض ان الارث موجود حالة الاقرار ثابت قبل الموت تدبر وقال صاحب العناية ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما تثبت بعـد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بان العدة لازمـة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز أن يعتبر النكاح المعاين قائما باعتبارها فكذا المقر به وأما الارث فليس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره انتهى كلامه (أقول) جوابه ليس بتام لان العدة أيضا غير لازمة للموت عن نكاح عند أبى حنيفة لجواز أن تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذمى أو تكون حربية خرجت الينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية فانه لا عدة عليها فى هذه الصور عند أبى حنيفة رحمه الله اذا لم تكن حاملا كما تقرر فى محله والمعارضة المذكورة انما ترد على قول أبى حنيفة فالجواب المزبور لا يدفعها على أصله ثم ان بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب العناية فى هـذا المقام الظاهر أن مراد صاحب الهداية أن التصديق يستند الى حالة الاقرار وفى تلك الحالة لا يجب الارث بل هو حكم يجب ويثبت بعد الموت ففى صححنا الاقرار صححنا لاثبات الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا فى شئ وهو فى الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح وأشير الى هـذا فى النهاية فلا ترد المعارضـة أصلا لان وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا فى نكاح معدوم من كل وجه الى ههنا كلامه (أقول) نعم أشير الى ذلك المعنى فى النهاية وغيرها ولكن قوله فلا ترد المعارضـة أصلا ممنوع قوله لان وجوب العدة ثابت قبل الموت ان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت فى المعتدة بالطلاق فسلم لكن ذلك لا يجدى نفعا اذ الكلام فى المعتدة بالموت وان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت فى المعتدة بالموت أيضا فممنوع بل وجوبها فى المعتدة

يعتبر النكاح المعاين قائما باعتبارهما فكذا المقر به وأما الارث فليس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره

من أحكامه وهـذا لان النكاح ينتهى بالموت ولا يبطـل كالنسب على السواء والمنتهى متقرر فى نفسه فيصح التصديق وهذا لان التصديق قد وجد والاقرار قائم لان التكذيب من المقر لم يوجـد والمقر به وهو النكاح يبقى بعد موتها فى حق الميراث لو ثبت النكاح معاينة فكذا اذا كان باقراره يبقى بعد موتها فى حق

قال

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره فى النسب) لان فيه حمل النسب على الغير (فان كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له) لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف

بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به فى النهاية وغيرها وقال بعض الفضلاء هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فانه لم يعين أن المراد من حكم النكاح فى قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله أراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت فى حال النكاح أيضا ولو عينه لامكن أن يقال أراد بالعـدة ما يلازمها من أمثال ما ذكرنا مجازا فلا اشكال انتهى كلامه (أقول) ما ذكره من مثـل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها ليس بحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل هو من متفرعات العـدة كما لا يخفى على العارف بالفـقه فاذا لم يصح التصديق على اعتبار العـدة لم يصح ذلك على اعتبار ماهو متفرع عليها لان سقوط الاصل عن حيز الاعتبار يقتضى سقوط الفرع عن حيز ذلك أيضا فالاشكال باق فان قيل اذا أقر رجل لرجل بعبد فمات العبـد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث فى مسئلتنا كذلك قلنا الكسب يقع ملكا من الابتداء لمالك الرقبة لانه فى حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سـبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقها بعـد ذلك دعوى ارث مبتدأ كذا فى الاسرار والايضاح وغيرهما (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد) الصلبى (نحو الاخ والعم) ونحو الجد وابن الابن كما صرح بهما أيضا فى الكافى (لا يقبل اقراره فى النسب) وان صدقه المقر له بل لا بد فيه من البينة كما ذكر فى التحفة وغيرها (لان فيه) أى فى هذا الاقرار (حمل النسب على الغـير) فان فى الاقرار بالاخ حمل النسب على الاب اذ المقر له بالاخوة ما لم يكن ابن أبى المقر لا يكون أخا له وفى الاقرار بالعم حـمل النسب على الجد اذ المقر له بالعـمومة ما لم يكن ابن جـد المقر لا يكون عما له وفى الاقرار بابن الابن حـمل النسب عـلى الابن اذ المقـر له لا يكون ابن ابن المقـر ما لم يثبت بنوته من ابن المقر وفى الاقرار بالجـد حمل النسب على الاب اذ المقر له لا يكون جد المقر ما لم يثبت أبوته من أبيه (فان كان له) أى للمقر بنحو ما ذكر (وارث معروف قريب) كاصحاب الفروض والعصـبات (أو بعيد) كذوى الارحام (فهو) أى الوارث المعروف (أولى بالمـيراث من المقر له) حـتى لو أقر باخ وله عمة أو خالة فالارث للعمة والخالة (لانه لما لم يثبت نسـبه) أى نسب المقر له (منه) أى من المقر (لا يزاحم الوارث المعروف) قال فى النهاية قوله فان كان له وارث بالفاء بعـد قوله لا يقبـل اقراره فى النسب وقع فى محزه لان هذا نتيجة ذلك فصورة ذلك أن الرجـل اذا أقر فى مرضـه باخ له من أبيه وأمه أو بابن ابن له ثم مات وله عمـة أو خالة أو مولى موالاة فالميراث للعـمة والخالة أو المولى ولا شئ للمقر له لان النسب لا يثبت باقراره فـلا يستحق المقر له مع

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين الخ) ومن أقر باخ عـم لم يقبل فى النسب لان فيه حمله عـلى الغـير وأما فى الارث فاما أن يكون له وارث معـروف قريبا كان كذوى الفـروض والعصبات مطلقا أو بعيدا كذوى الارحام أو لا يكون فان كان فهو أولى بالميراث من المقـر له هذا لانه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده والاول اقرار على غيره وهو غـير مسموع والثانى على نفسه وهو مسموع لان له التصرف فى مال نفسـه عند عدم الغريم والوارث حـتى لو أوصى بجميعـه استحقه الموصى له وبقيـة كلامـه لا تحتاج الى بيان

الميراث أيضا وعند أبى حنيفة رحمه الله لا يصح لان النكاح انقطع بالموت وأما الارث فـكم يثبت بعـد الموت والنكاح انما ينتهـى فى حق حكم كان قبل الموت ولا يصح التصـديق عـلى اعتبار الارث لان الارث لم يكن مستحقا وقت الاقرار وانما يستحق بعد الموت والتصديق اذا صح يستند الى وقت الاقرار وتلك الحالة ليست بحالة جريان الارث فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبارات ستحدث فان قيل اذا أقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صـدقه المقر له استحق الـكسب والارث فى مسـئلتنا كذلك قلنا ان الـكسب يقع ملكا من الابتداء لمالك الرقبـة لانه فى حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصـير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقه ذلك دعوى ارث مبتدأ (قوله قريب أو بعيد) نحو أن يقر باخ وله عمة أو خالة فالارث لهما دونه لانه لا يملك

(وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه) لان له ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصى بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى أن من أقر باخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو أقر فى مرضه باخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل اقراره قال (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه) لما بينا (ويشاركه فى الارث) لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك فى المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشترى اذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل فى حق العتق

وارث معروف انتهى (وان لم يكن له) أى للمقر (وارث) معروف (استحق المقر له ميراثه) لانه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو فى الاول مقر على غيره واقراره على غيره غير معتبر اذ لا ولاية له على غيره وفى الثانى مقر على نفسه واقراره على نفسه معتبر (لان له ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصى بجميعه) أى بجميع ماله وقد جعل ماله للمقر له فيما نحن فيه باقراره باستحقاقه ذلك بعده (فيستحق) المقر له (جميع المال وان لم يثبت نسبه) من المقر (لما فيه) أى فى الاقرار المزبور (من حمل النسب على الغير وليست هذه) أى هذه الصورة أو القضية يعنى الاقرار المذكور (وصية حقيقة) أوضح ذلك بقوله (حتى ان من أقر باخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الاول) يعنى الاقرار بالاخ (وصية لاشتركا) أى الاخ والموصى له بجميع ماله (نصفين لكنه) استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة أى لكن الاقرار المذكور (بمنزلته) أى بمنزلة الوصية بتأويل الايصاء ولعمرى ان المصنف يفرط فى المساهلة فى أمر التذكير والتأنيث فى كتابه هذا كما ترى ومن ذلك أنه أشار فيما مر آنفا الى الاقرار بلفظة هذه وأرجع ههنا الى الوصية ضمير المذكر (حتى لو أقر فى مرضه باخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لانسان) ومات ولا وارث له (كان ماله) جميعا (للموصى له ولو لم يوص لاحد كان) ماله (لبيت المال لان رجوعه) أى رجوع المقر المزبور (صحيح) يعنى أن انكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية (لان النسب لم يثبت فبطل اقراره) وينبغى لك أن تعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك وأما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن مات أبوه فاقر باخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا) أن فيه حمل النسب على الغير (ويشاركه فى الارث) أى يشارك المقر له بالاخوة المقر فى الارث من أبيه وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم وقال الشافعى لا يشاركه فى الارث لعدم ثبوت النسب وحكى ذلك عن ابن سيرين قال المصنف فى تعليل المشاركة (لان اقراره تضمن شيئين) أحدهما (حمل النسب على الغير ولا ولاية له) أى للمقر (عليه) أى على الغير فلا يثبت (و) الثانى (الاشتراك فى المال وله فيه ولاية) لانه اقرار على نفسه وله ولاية على نفسه (فيثبت) ومثل هذا ليس بممتنع (كالمشترى اذا أقر على البائع بالعتق) أى بعتق ما اشتراه من ذلك البائع (لم يقبل اقراره) فى حق الرجوع بالثمن على البائع (حتى لا يرجع عليه بالثمن) لكونه اقرارا على الغير فى حق الرجوع بالثمن (ولكنه يقبل) اقراره (فى حق العتق) حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه اقرارا على نفسه فى حق ذلك واعلم أنه اذا قبل اقراره فى حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر عندنا وعند مالك وابن أبى ليلى يجعل اقراره شائعا فى التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فاقر باخ آخر فكذبه أخوه المعروف

ابطال حقهما فى الارث بصرفه الى الغير ولا يكون له الثلث وان ملك الايجاب بطريق الوصية لانه ما أوجب

قال

(قوله ومن مات أبوه فاقر باخ لم يثبت نسبه) مبنى على ماذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح (فيشاركه فى الارث) وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن أبى حنيفة وان كان المقر أحد ابنين لم يثبت النسب أيضا والمقر له يشارك المقر فى الارث على مامر من الاصل (لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير والاشتراك فى ماله ولا ولاية فى الاول فلم تثبت وله ذلك فى الثانى فيثبت) قال أبو حنيفة اذا أقر أحد الابنين باخ ثالث وكذبه أخوه المعروف فيه أعطاه المقر نصف ما فى يده وقال ابن أبى ليلى يعطيه ثلث ما فى يده لان المقر أقر له بثلث شائع فى النصفين فنفذ فى حصته وبطل فى حصة الآخر ولابى حنيفة أن زعم المقر أنه يساويه فى الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما فى يد المنكر كالهالك ويكون الباقى بينهما بالسوية

قال (ومن مات وترك ابنين الخ) ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شئ للمقر وللآخر خمسون بناء على ماذكرنا من الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو الاخ والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما ثم يحلف الاخ بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة ويقبض الخمسين من الغريم لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على مامر ان الديون تقضى بامثالها واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فان أكذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن أبى ليلى كما ذكرنا آنفا وعورض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهى لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان فى زعمه ان المقبوض على التركة كما فى زعم المقر والمنكر يدعى زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعنى ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدى الى عدم الفائدة بلزوم الدور وذلك

قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شئ للمقر وللآخر خمسون) لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا

فيه أعطى المقر نصف ما فى يده عندنا وعندهما ثلث ما فى يده لان المقر قد أقر له بثلث شائع فى النصفين فينفذ اقراره فى حصته وبطل ما كان فى حصة أخيه فيكون له ثلث ما فى يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر فى نصيب أخيه فبطل اقراره فيه ونحن نقول ان فى زعم المقر أنه يساويه فى الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما فى يده كالهالك فيكون الباقى بينهما بالسوية ولو أقر باخت تأخذ ثلث ما فى يده عندنا وعندهما تأخذ خمسه ولو أقر ابن وبنت باخ وكذبهما ابن آخر معروف يقسم نصيب المقرين عندنا أخماسا وعندهما أرباعا والتخريج ظاهر ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما فى يده ولو أقر بجدة صحيحة أخذت سدس ما فى يده فيعامل فيما فى يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به ولو أقر أحد الابنين المعروفين بامرأة أنها زوجة أبيهما وكذبه الآخر أخذت تسعى ما فى يده عندنا وعند مالك وابن أبى ليلى لها ثمن ما فى يده لان فى زعم المقر أن للمرأة ثمن ما فى يدى الابنين الا أن اقراره صح فيما بيده نفسه ولا يصح فى حق صاحبه واذا صح فى حق نفسه يعطيها ثمن ما فى يده ونحن نقول ان فى زعم المقر أن التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه أكثر من حقه فى زعمهما صار ذلك كالهالك فيقسم النصف الذى فى يد المقر بينه وبينها على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وهو سبعة على تسعة أسهم فتضرب هى بقدر حقها وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم كذا فى التبيين والبدائع والايضاح ثم اعلم أنه لا يثبت النسب فى حق الميراث باقرار وارث واحد وانما يثبت باقرار رجلين أو رجل وامرأتين من الورثة وقال أبو يوسف والحسن والشافعى كل من يحوز الميراث يثبت النسب بقوله وان كان واحدا والاول أصح اعتبارا للاقرار بالشهادة كذا ذكره الزاهدى فى شرح مختصر القدورى نقلا عن شرح الاقطع وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الاقرار بنحو الاخوة اقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كان اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين أو رجل وامرأتين فى النسب مقبولة (قال) أى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير (ومن مات وترك ابنين وله) أى وللميت (على آخر مائة درهم فاقر أحدهما) أى أحد الابنين (أن أباه قبض منها) أى من المائة (خمسين) درهما (لا شئ للمقر) أى لا شئ من المائة للابن المقر (وللآخر) أى وللابن الآخر (خمسون) منها يعنى كان للابن الآخر أن يأخذ الخمسين من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم ان أباه قبض منه المائة (لان هذا) أى لان اقرار أحد الابنين بما ذكر (اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء) أى استيفاء الدين (انما يكون بقبض مضمون) لما مر أن الديون تقتضى بامثالها فيجب للمديون على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه فيلتقيان قصاصا واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة (فاذا كذبه) أى كذب المقر (أخوه استغرق الدين نصيبه) أى نصيب المقر (كما هو المذهب عندنا) احترازا عن قول ابن أبى ليلى فان هلاك الدين

وصية انما أوجب ارثا الا أنا اعتبرناه وصية فى حق التنفيذ اذا لم يكن ثمة وارث لانه ليس فيه ابطال حق الغير فورث (قوله لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون) أى لان قبض الدين انما يكون لقبض عين مضمون حتى يصير دينا فيتقاصان (قوله كما هو المذهب عندنا) خلافا للشافعى رحمه

لانه لو رجع المقر على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم لزعمه ان أباه لم يقبض شيأ وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض فى هذا المقدار فيرجع بتمام حقه ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدى الى الدور ولقائل

(قوله على مامر) أقول فى أواخر باب الاستثناء (قوله استغرق الدين نصيبه) أقول أى نصيب المقر

غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدى الى الدور

على الغير بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن أبي ليلى يشيع فى النصيبين كذا فى أكثر الشروح وقال فى الكفاية خلافا للشافعى فعنده يشيع فى النصيبين وقال فى معراج الدراية وبما هو المذهب عندنا قال الشافعى فى قول وقال الشافعى فى قول وأحمد يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك وبه قال النخعى والحسن واسحق وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى قال صاحب العناية وعورض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهى لا تجوز والجواب أن قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خمسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى (أقول) الجواب المزبور ليس بشاف لان حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر فى حق نفسه لا فى حق الغير فيكفى فى المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى كل أحد فالاظهر عندى فى الجواب أن يقال قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز فى القسمة الحقيقية وأما فى القسمة الحكمية كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع ويؤيده ما صرحوا به فى فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بان القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصدا لا ضمنا فتامل قال المصنف (غاية الامر انهما) أى الابنين (تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما) أى على كون الخمسين الباقى على الغريم الذى يقبضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره أن جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركا بينهما فما هلك يهلك مشتركا وما بقى يبقى مشتركا بينهما فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك فى شئ من أجزائه والابن المقر وان زعم أن بعض أجزائه هالك الا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقى بعد الهلاك فهما متصادقان فى الاشتراك فى الباقى المقبوض فينبغى أن يكون ذلك بينهما نصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فاجاب بانهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما (لكن المقر) لا يرجع على القابض بشئ لعدم الفائدة اذ (لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم) بقدر ذلك لزعمه ان أباه لم يقبض شيأ من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق (ورجع الغريم) أيضا (على المقر) بقدر ذلك لانتقاض المقاصة فى ذلك القدر وبقائه دينا على الميت بموجب اقراره والدين مقدم على الارث (فيؤدى الى الدور) ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان فى زعمه ان المقبوض على التركة كما فى زعم المقر والمنكر يدعى زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعنى ان المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدى الى عدم الفائدة بلزوم الدور انتهى (أقول) كل واحد من تقريرى السؤال والجواب على الوجه الذى ذكره مختل أما تقرير السؤال فلان حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا مساس له بكلام المصنف ههنا لانه قال غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ولا شك ان التصادق ينافى التعارض والترجيح فكيف يحمل كلامه على ذلك والعجب ان صاحب العناية أدرج تصادقهما أيضا فى أثناء تقرير السؤال وفرع على تعارض زعميهما حيث قال فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ثم طلب المرجح بقوله فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر ولا يخفى أن فى نفس هذا

الله فعنده يشيع فى النصفين (قوله على كون المقبوض مشتركا) أى على كون الخمسين التى يقبضها غير المقر مشتركا بينهما اما غير المقر فانه يقول الكل مشترك فيكون مقرا بكون ما قبضه مشتركا وأما المقر فانه يزعم أن الدين بهذا المقدار وهو مشترك (قوله ورجع الغريم على المقر) لانتقاض المقاصة فى ذلك القدر

كتاب

أن يقول اذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيأ كان من زعمه ان أخاه فى اقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشئ لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه فى زعمه ليس فى الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه والله أعلم

(كتاب الصلح) قد ذكرنا وجه المناسبة فى أول الاقرار فلا نعيده وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة وفى اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المناصبة وسببه تعلق البقاء المقدر لتعاطيه وقد بيناه فى التقرير وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسيأتى تفصيله له وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما اذا وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعى قبلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت وحكمه تملك المدعى المصالح عليه منكرا كان الخصم أو مقرا ووقوعه للمدعى عليه فى المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له فى غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى احتمل المصالح عنه التمليك أو لا وأنواعه بحسب أحوال المدعى عليه ما هو المذكور فى الكتاب وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ما سنذكره وجوازه ثابت بالكتاب والسنة

(كتاب الصلح)

التقرير تعارضا وتناقضا وأما تقرير الجواب فلان المفهوم من قوله يعنى أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدى الى عدم الفائدة بلزوم الدور وهو أن لزوم الدور انما يكون باعتبار زعم المنكر دون المقر وليس كذلك بل لزوم الدور انما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر لان رجوع الغريم على المقر بالآخرة انما هو على زعم المقر أن أباه قبض منه الخمسين وانما بقى عليه الخمسون المقبوض وأما على زعم المنكر وهو أن أباه لم يقبض منه شيأ فلا يرجع الغريم على المقر بشئ بل يلزمه أن يعطى المقر أيضا مثل ما أعطاه المنكر فلا يلزم الدور وتدبر تقف ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول اذا كان من زعم المنكر ان أباه لم يقبض شيا كان من زعمه أن أخاه فى اقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشئ لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه فى زعمه ليس فى الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه انتهى (أقول) فى الجواب نظر لان الخمسين الذى قبضه المنكر من الغريم أولا ان كان بتمامه حق المنكر لم يكن هو فى رجوعه على الغريم بعد ذلك طالبا لتمام حقه اذ ليس حقه فى المائة بزائد على الخمسين حتى يكون طالبا لتمامه وان لم يكن المقبوض أولا بتمامه حقه بل كان بعضه حق أخيه لم يكن هو فيما يقبضه أخوه منه مظلوما وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى فالحق فى الجواب أن يقال لا نسلم انه اذا كان من زعم المنكر ان أباه لم يقبض شيا كان فى زعمه انه فيما يقبضه أخوه منه مظلوم كيف وهما متصادقان على كون ما قبضه من الغريم أولا مشتركا بينهما كما تقرر نعم يجوز أن يكون من زعم المنكر ذلك ان أخاه ظالم لنفسه حيث أبطل حقه فى المائة باقراره بان أباه قبض منها الخمسين

(كتاب الصلح)

قدم مناسبة الصلح بالاقرار فى أول كتاب الاقرار والصلح فى اللغة اسم للمصالحة التى هى المسالمة خلاف المخاصمة وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فمعناه دال على حسنه الذاتى وفى الشريعة عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كما فى سائر المعاملات وركنه الايجاب والقبول كذا ذكر فى البدائع والكافى وكثير من الشروح قال صاحب العناية أخذا من النهاية وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما اذا وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعى قبلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت انتهى (أقول) فيه بحث أما أولا فلانه سيأتى فى الكتاب أن الصلح اذا وقع عن اقرار فان كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر فى البياعات وان كان عن مال بمنافع اعتبر بالاجارات واذا وقع عن سكوت أو انكار كان فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة فاذا تقرر هذه الضابطة فلو وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو انكار وجب أن لا يتم الصلح بقول المدعى قبلت لان كونه اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما اذا وقع عن سكوت أو انكار انما هو فى حق المدعى وأما فى حق المدعى عليه فانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة فلابد

وبقائه دينا على الميت والدين مقدم على الارث فيؤدى الى الدور والله أعلم

(كتاب الصلح)

(قوله ولقائل أن يقول الى قوله فى اقراره ظالم) أقول فيه شئ فانهما لما تصادقا على كون المقبوض مشتركا لم يكن لزعمه أن أخاه فيما يقبضه منه ظالم مجال ظاهرا (قوله لان المظلوم لا يظلم غيره) أقول الغريم لم يوف تمام ما عليه عنده فلا يكون مظلوما اذا رجع عليه فى زعمه وهذا هو مراد الشارح *(كتاب الصلح)*

قال (الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح

من قبوله أيضا حتى يتحقق الافتداء وتنقطع الخصومة وأما ثانيا فلانه اذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلا فصولح على قطعة منها أو ألحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحا على ما سيجيء في الكتاب فينبغي أن يتم هنالك أيضا بقول المدعى قبلت بدون قبول المدعى عليه لكونه اسقاطا للدعوى بعض الحق بمثل ما قال فيما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم اطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما ثالثا فلان قوله لانه طلب البيع من غيره الخ في تعليل قوله بخلاف الاول قاصر عن افادة كلية المدعى وهو ركنية الايجاب والقبول معا فيما يتعين بالتعيين مطلقا فان طلب البيع من غيره لا يتمشى في كل صورة من الصور الثلاث المندرجة في الضابطة المذكورة للصلح بل انما يتمشى في صورة واحدة منها وهي ما اذا كان الصلح عن اقرار وكان مالا بمال فتامل وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض ولانواعه شروط أخر سيأتي تفصيلها في الكتاب وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى كذا في الكافي وبعض الشروح قال في العناية أخذا من النهاية وحكمه تملك المدعى المصالح عليه منكرا كان الخصم أو مقرا ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى احتمل المصالح عنه التمليك أو لا انتهى (أقول) فيه كلام وهو ان المصالح عليه أيضا قد يكون مما لا يحتمل التمليك كترك الدعوى فانهم صرحوا بانه اذا ادعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في أرض بيد المدعى فاصطلحا على ترك الدعوى فانه جائز فجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين تملك المدعى عليه اياه وبراءته عن دعوى المدعى وفي جانب المصالح عليه قسما واحدا هو تملك المدعى اياه مع جريان احتمال التمليك وعدم احتماله في الجانبين معا مما لا يخلو عن تحكم فان نوقش في المثال المذكور بان كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك أمر ظاهري مبني على المسامحة وانما المصالح عليه حقيقة في ذلك ما ادعاه كل واحد منهما من الحق فيما بيد الآخر فانه يقع مصالحا عنه بالنظر الى ذي اليد ومصالحا عليه بالنظر الى الآخر وهو مما لا يحتمل التمليك قطعا قلنا فماذا يقال فيما اذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصا فاصطلحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين اذ لا شك انه كما ان ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التمليك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الصور تملك المدعى المصالح عليه بل انما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر بقي ههنا كلام آخر وهو انه اذا ادعى رجل دارا وأنكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذي اليد شيأ بطريق الصلح وأخذ الدار فانه جائز كما سيأتي في الشروح وأصل المسئلة في الفصل السابع من فصول الاستروشني مع أنه ملك هنالك المدعى المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في أحد الجانبين طردا وعكسا فتامل (قوله الصلح على ثلاثة أضرب الخ) قال صاحب العناية الحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا انتهى (أقول) يرد على ظاهر جوابه انه انما يفيد انحصار تقسيمه الثاني وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي والاثبات ولا يفيد انحصار تقسيمه الاول وهو قوله ان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا اذ تخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسميه معا فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الانواع ضروري ويمكن أن يقال المراد بالسكوت في قوله اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا هو السكوت عن التكلم مجيبا لا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم أصلا فتدخل الصورة

وهو اسم بمعنى المصالحة وهو خلاف المخاصمة وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال وفي الشريعة عبارة عن عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول وشرطه أن يكون البدل أي المصالح عليه مالا معلوما ان احتيج الى قبضه والا لا تشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه قبله حقا في حانوته فتصالحا على أن

قال (الصلح على ثلاثة أضرب) الحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا

(قوله لانه سقط بقولنا مجيبا) أقول فيه بحث اذ لا يكون الحصر حينئذ ضروريا

وكل ذلك جائز (لقوله تعالى والصلح خير) فانه باطلاقه يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد أجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبالاذكر للتعليل أي لا جناح عليهما أن يصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى أن يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله تعالى والصلح

خير كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه (ولقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا)

مع انكار وكل ذلك جائز) لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

المزبورة في القسم الاول من تقسيمه الاول وهو قوله اما أن يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الانواع ضروري وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن ايماء الى أن المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لان معنى مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب بل هو أن لا يتكلم أصلا (قوله وكل ذلك جائز لاطلاق الخ) تسامح المصنف ههنا في التعبير حيث قال لاطلاق قوله تعالى والصلح خير مع أنه لا يذهب عليك أن الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا اطلاق قوله الا أنهم كثيرا ما يتسامحون في العبارة في أمثال هذا بناء على ظهور المراد وتنبيها على فائدة تفيدها تلك العبارة كما في تعريفهم العلم بحصول صورة الشئ في العقل مع أنه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في حل قول المصنف لاطلاق قوله تعالى أي لقوله المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف انتهى (أقول) ليس هذا بسديد أما أولا فلان اضافة الصفة الى الموصوف ليست بجائزة كاضافة الموصوف الى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو حتى انهم أولوا مثل جرد قطيفة وأخلاق ثياب بما يخرج به عن ان يكون من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف فما معنى حمل كلام المصنف ههنا على ذلك وأما ثانيا فلان الصفة في لقوله المطلق هو المطلق لا الاطلاق والكلام في توجيه اطلاق قوله فلا يجدى حديث اضافة الصفة الى الموصوف شيأ بل لا بد من المصير الى المسامحة كما ذكرنا وقال صاحب العناية فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد أجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر للتعليل أي لا جناح عليهما أن يصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى أن يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله تعالى والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه انتهى (أقول) ان الجواب الاول والثالث من هذه الاجوبة الثلاث ليسا بتامين أما الاول فلان كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدى شيأ في دفع السؤال المذكور لان حاصله منع عموم اللفظ بحمل اللام في قوله تعالى والصلح خير على العهد فانه حينئذ يصير خاصا وانما يجدى نفعا لو سلم عموم اللفظ في نفسه وأريد تخصيصه بخصوص السبب وأما الثالث فلانه ان أراد بقوله والصلح خير كان في الحال أن التكلم بهذا الكلام والاخبار بهذا الخبر كان في الحال أي في حال ورود الآية الكريمة فمسلم لكن هذا لا ينافي أن يكون تحقق مدلوله في الاستقبال ألا يرى انك اذ قلت الامر الذي يحدث غدا خير فلا شك أن تكلمك بهذا الكلام واخبارك به كائن في الحال وأما تحقق ذلك الامر واتصافه بالخيرية فيكون في المستقبل فلم يتم قوله فلم يكن اياه بل جنسه

يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد منهما مقدار حقه لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى وجوازه ثبت بقوله تعالى والصلح خير عرفه بالالف واللام فيقتضي أن يكون كل صلح خيرا وكل خير مشروع وقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الحديث وانعقد الاجماع على جوازه وهو على ثلاثة أضرب لان المدعى عليه عند دعوى المدعى أجاب أولا فان أجاب فلا يخلو اما أن يقر أو لا يقر وهو الانكار فان لم يجب فهو السكوت وانما لم يتنوع السكوت

قال المصنف (لاطلاق قوله تعالى والصلح خير) أقول أي لقوله المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف وتمام الآية وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أي يصالحا بينهما صلحا والصلح خير (قوله أجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب) أقول أنت خبير بان المانع يمنع عموم اللفظ مستندا بان اللام للعهد فالجواب يتضمن المصادرة على المطلوب فليتامل (قوله وبانه ذكر للتعليل) أقول فيه بحث لانه لو كان تعليلا لا بدل الفاء بالواو

(قوله وقوله والصلح خير كان في الحال) أقول ان أراد أن الحكم بالمحمول على الموضوع كائن في الحال فسلم ولا يفيد لجواز أن يكون المحكوم عليه هو الصلح الاستقبالي وان أراد ان الحكم على الصلح الكائن في الحال يعني حقيقة الصلح وجنسه كما في قولهم الرجل خير من المرأة فللخصم أن يمنعه (قوله فانكرت لا يجوز) أقول بل يجوز كما سيجيء عن قريب

وقال الشافعى لا يجوز مع انكار أوسكوت لمارويناوهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا ماتلوناوأول مارو ينا

وان أراد بذلك أن الصلح الذى أخبر بانه خير كان فى الحال فهو ممنوع فالصواب من بين تلك الاجوبة هو الجواب الثانى وهو المذكور فى الكافى وفى سائر الشروح أخذا من الاسرار ووجه كون الصلح عاما فى قوله تعالى والصلح خير على تقدير انه ذكر للتعليل هو ان العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذى علل فيه بل أينما وجدت العلة يتبعها حكمها كذا قالوا وهو التقرير المناسب لقواعد الاصول وأما التقرير المطابق لقواعد المعقول فلانه يكون حينئذ خارجا مخرج الكبرى من الشكل الاول كأنه قيل فان هذا صلح والصلح خير وكلية الكبرى شرط لانتاج الشكل الاول على ماعرف فى الميزان واعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضا حيث قال فيه بحث لانه لو كان تعليلا لابدل الفاء بالواو انتهى (أقول) ليس هذا بشئ لان ذلك الابدال انما يلزم لو كان تعليلا من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل من حيث المعنى وعن هذا قالوا ان الله تعالى أخرجه مخرج التعليل لماسبق ذكره كأنه قال صالحوا لان الصلح خير وقال فى غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلاة خير على ان قوله تعالى والصلح خير بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما أشرنا اليه فيما مر وأداة التعليل كاللام والفاء اذا ذكرت انما تدخل على أول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الابدال ههنا أصلا تدبر ثم قال صاحب العناية فان قيل سلمناه يعنى الاطلاق فى قوله تعالى والصلح خير ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بان ترك العمل بالاطلاق فى بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى (أقول) يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز أنه خبط اذ هو مخالف لصريح ماذكر فى عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سيأتى وهو أنه اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهى تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز فكأنه فى معنى الخلع ثم أقول توجيهه ان لعدم الجواز رواية فى هذه المسئلة وان كان ظاهر الرواية بخلافها والسؤال المزبور مما أورده الشافعية فهم أخذوا فى هذه المسئلة وأخواتها بماهو الملائم لغرضهم والحنفية أجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز فى تلك المسائل وأخرى بان ترك العمل بالاطلاق فى بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه فصاحب العناية اكتفى بالثانى ولم يتعرض للمنع وأما صاحب غاية البيان فتعرض لهما معا حتى قال فى الجواب ههنا على أنا نمنع عدم جواز الصلح فى دعوى النكاح عليها اذا أنكرته فصالحت على مال لانه يجوز وبه صرح القدورى فى مختصره وسيجىء ذلك فى فصل عقيب هذا انتهى وقال فى ذلك الفصل وهذا الذى ذكره القدورى هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ماذكره فى مختصر الكافى وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية فى مسئلة الصلح على الانكار بقولهم اذا ادعى على امرأة نكاحا فانكرت فصالحت على مال لا يجوز ولئن صحت تلك المسئلة كما أوردوها فى نسخ طريقة الخلاف فالجواب عنه مامر فى تلك المسئلة انتهى (قوله وقال الشافعى لا يجوز مع انكار أوسكوت لمارو ينا الخ) قلت كان الاظهر أن يقال لآخر مارو ينا لان أوله حجة عليه لاله (قوله ولنا ماتلونا وأول مارو ينا الخ) كرر ذكرهما تأكيدا وتوطئة

لان السكوت عبارة عن عدم الجواب والعدم لا يتنوع (قوله وهذا بهذه الصفة) لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ أى اذا كان مبطلا فى دعواه أحل بالصلح فهذا صلح أحل حراما وحرم المال المدفوع على الدافع وكان حلالا له قبل الصلح ولكن نقول ليس المراد هذا فان الصلح عن الاقرار لا يخلو عن هذا أيضا لان الصلح فى العادة يقع على بعض الحق فمازاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حقا للمدعى أخذه قبل الصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه وحل بالصلح منعه وحرم أخذه فكان تأويله أحل حراما لعينه كالصلح على الخمر والخنزير فالصلح عليه بمنزلة الاحلال وكالصلح مع احدى امرأتيه أن لا يطأ ضرتها والحمل على هذا التأويل أولى لان الحرام المطلق والحلال المطلق ما كان لعينه ما كان لغيره (قوله ولنا ماتلونا) وهو قوله تعالى

وقال الشافعى (لا يجوز مع انكار أوسكوت) لانه صلح أحل حراما أوحرم حلالا وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروى (ولان المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة) وهى حرام (ولنا ماتلونا) من قوله تعالى والصلح خير (وأول مارو ينا) من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين

(قوله ولنا ماتلونا من قوله تعالى والصلح خير وأول مارو ينا) أقول وههنا تكرار وكان الاولى أن لا يذكر ذينك الدليلين فيما تقدم حتى لا يلزم ذلك

(وتاويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أوحرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة) أوأن لا يتسرى والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح فى العادة لا يكون الا على بعض الحق فمازاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد

وتاويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أوحرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعى يأخذه عوضا عن حقه فى زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز

لقوله وتاويل آخره الخ والالكفى ههنا بيان هذا التأويل مع بيان أن دفع الرشوة لدفع الظلم جائز فى الشرع لانه بصدد الجواب عماقاله الشافعى والجواب عنه يتم ببيانهما (أقول) بقى ههنا اشكال فى قوله وأول مارو ينا وهو أن المفهوم منه أن يكون أول ذلك الحديث دليلا لنا مع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لان آخره مستثنى من أوله وقد تقرر فى علم أصول الفقه ان المذهب الصحيح المختار عند الائمة الحنفية فى الاستثناء أن يتأخر حكم صدر الكلام عن اخراج المستثنى من المستثنى منه فلا يكون لاول الكلام فى صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الا بمجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن أن يوجه بان قوله وتاويل آخره أحل حراما لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله وأول مارو ينا فحاصل الكلام أن لنا أول مارو يناه مع تاويل آخره فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التاويل ولكن الانصاف أن لفظة أول ههنا مع كونها زائدة لا فائدة لها موهمة لما يخل بالكلام و يضر بالمقام كما نبهنا عليه فالاولى أن تطرح من البين (قوله وتاويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أوحرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة) وحمله على هذا أحق لان الحرام المطلق ماهو حرام لعينه والحلال المطلق ماهو حلال لعينه وماذكر غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فان الصلح يقع على بعض الحق فى العادة فمازاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح كذا فى الكافى وقال صاحب العناية فى شرح هذا المحل والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح فى العادة لا يكون الا على بعض الحق فمازاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد به ما كان حلالا أوحراما لعينه انتهى (أقول) فى تقريره خلل اذ لا معنى لقوله لانه لو حمل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الكلام فى حمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا فى حمله على الصلح على الاقرار خاصة اذ لا فرق بين الصلح على الاقرار والصلح على غيره فى الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا فرق بينهما فى عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه أيضا فمدار التأويل والحمل فى آخر الحديث انما هو لفظ الحرام والحلال واطلاقه دون لفظ الصلح فالحق فى التقدير أن يقال لانه لو حمل على مايعم الحرام والحلال لعينهما ولغير عينهما لكان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره فى الاشتمال على احلال الحرام وتحريم الحلال ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لان الصلح فى العادة لا يكون الا على بعض الحق بان قال هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه فى العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق فى

والصلح خير وهذا صلح فان قيل ينبغى أن يصرف الى المعهود السابق وهو أن يصالحا بينهما صلحا سيقت الآية للصلح بين الزوجين لان المنكر اذا أعيد معرفا كان الثانى عين الاول كما فى قوله تعالى فعصى فرعون الرسول قلنا خرج مخرج التعليل لماسبق ذكره كأنه قال صالحوا لان الصلح خير والعلة لا تتقيد بمحل

به ما كان حلالا أوحراما لعينه (ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة) فكان كالصلح مع الاقرار (فيقضى بجوازه) لوجود المقتضى وانتفاء المانع لان المانع اما أن يكون من جهة الدافع أومن جهة الآخذ وليس شئ منهما بموجود أما الثانى (فلأن المدعى يأخذه فى زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع وأما الاول فلأن المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا أيضا مشروع اذ المال وقاية الانفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة أمر جائز) لا يقال لا نسلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشى والمرتشى

قال المصنف (وتاويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح الخ) أقول وحمله على هذا أحق لان الحرام المطلق ماهو حرام لعينه والحلال المطلق ماهو حلال لعينه كذا فى الكافى ثم قال وماذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فالصلح يقع على بعض الحق فى العادة فمازاد على المأخوذ

الى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح أو كان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح انتهى (قوله لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره) أقول يعنى لكان كالصلح على غير الاقرار فى البطلان على زعم الخصم (قوله لان الصلح فى العادة لا يكون الا على بعض الحق) أقول هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه فى العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق فى العين الا بالابراء عن دعوى الباقى كما سيجىء

وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض فى أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالى أحد الورثة عن الارث وأما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع وتمامه فى أحكام القرآن للرازى فان قيل فعلى هذا اذا ادعى على آخر ألف درهم وهو منكر وتصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغى أن يجوز لان هذا الصلح فى زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز أجيب بان عدم الجواز بناء على زعم المدعى اذ فى زعمه انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير

قال (فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر فى البياعات ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال فى حق المتعاقدين بتراضيهما (فتجرى فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل) لانها هى المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل

العين الا بالابراء عن دعوى الباقى كما سيجىء انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل اذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق فى العين الا بالابراء عن دعوى الباقى عدم جوازه على بعض الحق فى العين أصلا غاية الامر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق فى العين مشروطا بالابراء عن دعوى الباقى على أنه ليس كذلك أيضا اذ لجواز الصلح على بعض الحق فى العين طريق آخر وهو أن يزيد درهما فى بدل الصلح وسيأتى كلا الطريقين فى الكتاب وعلى كليهما يجرى قوله لان الصلح فى العادة لا يكون الا على بعض الحق فى العين أيضا (قوله ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه الى قوله ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز) هذا دليل عقلى على ما ذهب اليه أئمتنا من جواز الصلح مع انكار أو سكوت أيضا متضمن للجواب عن دليل عقلى للشافعى مذكور فيما قبل وهو قوله ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة قال الشراح لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبى صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشى والمرتشى عام لانا نقول هذا الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض فى أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالى أحد الورثة عن الارث وأما اذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكر غير مجرى على عمومه انتهى (أقول) الدليل عليه ما ورد من النصوص فى ان الضرورات تبيح المحظورات منها قوله تعالى وما جعل عليكم فى الدين من حرج ولا شك ان فى دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج (قوله فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر فى البياعات ان وقع عن مال بمال الخ) هذا لفظ القدورى فى مختصره ولما كان الاصل

الحكم الذى علل فيه بل أينما وجدت العلة يتبعها حكمها وهذا لانه لو حمل على الجنس يدخل فيه المعهود وغيره ولو حمل على المعهود يقتصر عليه فكان حمله على الجنس أحق كما فى قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح أى جميع المفسدين والمصلحين لا المعهود فحسب وكذا قوله تعالى واذا فعلوا فاحشة الآية ثم قال ان الله لا يأمر بالفحشاء أى لا يأمر بجميع أنواع الفواحش لا المعهود فقط فان قيل المدعى عليه انما يبذل المال ليدفع به خصومة المدعى عن نفسه والمدعى انما يأخذه ليكف عن الخصومة معه بغير حجة وخصومته بغير حجة ظلم منه شرعا وأخذ المال ليكف عن الظلم رشوة وهى حرام لقوله عليه السلام لعن الله الراشى والمرتشى قلنا دفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز وانما حرم لو دفع الرشوة ليظلم غيره على انه انما يكون رشوة اذا أخذ الآخذ بالجهة التى يدفعه الدافع اليه وهو يأخذه بجهة الاعتياض عن حقه فلا يكون رشوة (قوله هى المفضية الى المنازعة) لانه يحتاج الى قبضه فلا بد من اعلامه على وجه لا يبقى فيه منازعة بينهما فلهذا لا يثبت الحيوان فيه دينا فى الذمة ولا يثبت الثياب فيه دينا فى الذمة الا موصوفا مؤجلا كما فى السلم (قوله وتشترط القدرة على تسليم البدل)

والقبض شرط فيه فى المجلس قال (فان وقع الصلح عن اقرار الخ) اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر فى البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما فى حق المتعاقدين فتجرى فيه الشفعة فى العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة المصالح عليه لانها تفضى الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو أن الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه اما أن يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما أن يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل أن يدعى حقا فى دار رجل وادعى المدعى عليه حقا فى أرض بيد المدعى واصطلحا على ترك الدعوى جاز وان احتيج اليه وقد اصطلحا على أن يدفع أحدهما مالا ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا فى دار فى يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على أن يعطيه المدعى مالا معلوما ليسلم المدعى عليه الى المدعى ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا فى هذه الصورة على أن يترك المدعى دعواه جاز واما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج فيه الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل فى ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن (وان

(قوله لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق الخ) أقول فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على أنه محمول على ما ذكره غير مجرى على عمومه

التسليم والتسلم هى المفسدة فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم

(وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار فى العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما فى المدة لانه اجارة (والصلح عن السكوت والانكار فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة) لما بينا (ويجوز أن يختلف حكم العقد فى حقهما كما يختلف حكم الاقالة فى حق المتعاقدين وغيرهما) وهذا فى الانكار ظاهر وكذا فى السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا فى حقه بالشك

ان الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه كما صرحوا به أراد أن يبين ضابطة يعرف بها انه على أى عقد يحمل (أقول) ليست هذه الضابطة بتامة لان الصلح عن اقرار قد يقع عن منافع بمال أو بمنفعة كما اذا أوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة أو على خدمة عبد شهرا أو على ركوب دابة شهرا فان كل ذلك جائز على ما صرحوا به فى أول الفصل الآتى مع أنه لم يذكر فى هذه الضابطة وان كان فى معنى عقد الاجارة وكذا يقع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا أيضا كما سيأتى فى الكتاب مع انه ليس بمذكور أيضا فى هاتيك الضابطة وليس فى معنى عقد البيع ولا فى معنى عقد الاجارة بل هو فى معنى عقد النكاح فلم يفهم من الضابطة المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون فى معنى الاعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون فى معنى الخلع وليس شئ منهما بداخل أيضا فى الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها أصلا فكانت قاصرة عن افادة تمام المراد لا يقال يستغنى عن ذكر تلك الصور ههنا بما ذكر فى الفصل الآتى عن قريب لانا نقول قد ذكر هنالك ما ذكره ههنا أيضا بان قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يتم العذر ثم ان كون الصلح عن اقرار فى معنى البيع اذا وقع عن مال بمال انما هو فيما اذا وقع على خلاف جنس المدعى وأما فيما اذا وقع على جنسه فان كان باقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان باكثر منه فهو فضل وربا صرح به فى التبيين وغيره (قوله والصلح عن السكوت والانكار فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا الخ) أشار به

حتى لو صالح على عبد آبق لا يصح كذا فى النهاية (قوله وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح ومالا فلا حتى انه لو صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال أبدا أو حتى يموت لا يجوز وكذلك ان صالح على أن يزرع أرضا له بعينها سنين مسماة يجوز وبدون بيان المدة لا يجوز كما فى الاجارة ثم اعتبار الصلح عن مال بمنافع بالاجارة على الاطلاق قول محمد رحمه الله حتى فسد الصلح بهلاك المدعى أو المدعى عليه أو محل المنفعة سواء هلك بنفسه أو أتلفه أحد وضمن قيمته ان كان قبل استيفاء المنفعة ورجع المدعى على جميع دعواه الا اذا استوفى شيأ من المنفعة فيبطل دعواه بقدر ما استوفاه وهذا لان محمدا رحمه الله جعل هذا الصلح بمنزلة الاجارة والاجارة تبطل بموت المؤجر والمستأجر وهلاك محل المنفعة ببدل أو بغير بدل فكذلك الصلح وعند أبى يوسف رحمه الله ليس الصلح كالاجارة من كل وجه حتى لو ادعى دارا ثم صالح عنها على سكنى دار أو خدمة عبد سنة أو ركوب هذه الدابة الى بغداد أو لبس هذا الثوب شهرا ثم هلك المدعى أو المدعى عليه أو محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد رحمه الله فيعود على رأس الدعوى وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات المدعى عليه لا يبطل الصلح والمدعى يستوفيه وان مات المدعى فكذلك فى خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل فى ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفى ابطال الصلح بموت أحدهما اعادة المنازعة بينهما والناس يتفاوتون فى الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فيه مقام المعقود للضرر الذى يلحق المالك فيفوت المورث عليه فيبطل ضرورة (قوله والاعتبار فى العقود لمعانيها) كالهبة بشرط العوض بيع والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة (قوله كما يختلف حكم الاقالة) هى فسخ فى حق

الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه فى معنى البيع (وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال) وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال أبدا أو حتى يموت لا يجوز فان الاعتبار فى العقود للمعانى كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة (فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما فى المدة) كالاجارة (واذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا) ان المدعى يأخذه عوضا فى زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف باخرى تقابلها أجاب بقوله (ويجوز أن يختلف حكم العقد فى حقهما كما يختلف حكم الاقالة) فانها فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحل فى حق امرأته والتحريم المؤبد فى حق أمها (وهذا) أى كونه لافتداء اليمين أو قطع الخصومة (فى الانكار ظاهر وأما فى السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا فى حقه بالشك) مع أن حمله على الانكار أولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل

قال (واذا صالح عن دار الخ) اذا صالح عن دار عن انكار أو سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها أي المدعي عليه ليستبقي الدار على ملكه لانه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمرء يؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره (بخلاف ما اذا كان على دار) لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كأنه قال اشتريتها من المدعي وهو ينكر (واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه) على المدعي (بحصة المستحق من العوض) لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك وان صالح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر أن لا خصومة له فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده كالمكفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم أدى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه ونوقض بما اذا ادعى دارا وأنكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذي اليد شيا بطريق الصلح وأخذ الدار ثم استحقت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع أنه بظهور الاستحقاق تبين أن المال في يد غيره مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة وأجيب بان المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع وأما المدعي فهو في خيرة في دعواه وكان ذلك الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعي حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه أي في أصل الدعوى أما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده وأما رد الحصة فلخلو العوض في هذا القدر عن غرض المدعى عليه (ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه) لانه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع ببدله كما في البيع (وان استحق بعضه رجع بحصته) اعتبارا للبعض بالكل (وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى في كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى) هذا اذا لم يجر لفظ البيع في الصلح أما اذا كان أجرى كما اذا ادعى دارا وأنكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار ثم استحقت هذه الدار فان المدعي يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على البيع اقرار منه بالحق للمدعي اذ الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة

قال (واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه اذا كان عن انكار أو سكوت لانه يأخذها على أصل حقه و يدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال (واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض) لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا (وان وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض) لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى في كله أو بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيا حيث يرجع المدعي لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد

الى ما ذكره بقوله لان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه (أقول) ههنا كلام وهو ان كون الصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وأنكر المدعى عليه أو سكت ودفع

المتعاقدين بيع جديد في حق الثالث (قوله لانه يأخذها على أصل حقه) أي يبقيها في يده وملكه كما كانت (قوله فتلزمه الشفعة) باقراره كأنه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر (قوله فيبقى العوض) أي بدل الصلح في يده أي في يد المدعي غير مشتمل على غرضه أي غرض المدعى عليه لان غرضه بقاء الدار على ملك المدعى عليه من غير خصومة تخصم فيها (قوله رجع بكل المصالح عنه) هذا اذا كان بدل الصلح عينا ولم يجز المستحق الصلح فلو أجاز سلم العين للمدعي ورجع المستحق بقيمته على المدعى عليه ان كان من ذوات القيم وان كان بدل الصلح دينا كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون بغير أعيانها أو ثياب موصوفة مؤجلة لا يبطل الصلح بالاستحقاق ولكنه يرجع بمثله لانه بالاستحقاق يبطل الاستيفاء فصار كأنه لم يستوف بعد كذا في شرح الطحاوي (قوله باع منه على الانكار) وصورته ادعى على آخر دارا مثلا وأنكر المدعى عليه ثم صالح من هذه الدعوى على عبد بلفظ البيع بان قال المدعى عليه للمدعي بعت منك هذا العبد بهذه الدار صح الصلح وهذا اقرار منه لو استحق العبد يرجع المدعي على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى (قوله كالجواب في الاستحقاق في الفصلين) أي فصلي الاقرار والانكار (قوله على ما قدمنا في البيوع) أي في آخر باب الاستحقاق من كتاب البيوع (قوله لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح) هذا جواب غير ظاهر الرواية وأما في ظاهر الرواية فانه يصح وفي الذخيرة رجل ادعى دارا في يد رجل واصطلحا على بيت معلوم من الدار فهذا على وجهين ان وقع الصلح على بيت معلوم من الدار فهذا على وجهين ان وقع الصلح على بيت معلوم من دار أخرى للمدعى عليه فهو جائز وان وقع على بيت معلوم من الدار التي وقع فيها الدعوى فذلك الصلح جائز لان في زعم المدعي انه أخذ بعض حقه وترك البعض وفي زعم المدعى عليه انه فدى عن يمينه فاذا جاز هذا الصلح هل تسمع دعوى المدعي بعد ذلك وهل تقبل بينته على باقي الدار فيما وقع الصلح على بيت من دار أخرى لا تسمع دعواه باتفاق الروايات لان هذا معاوضة باعتبار جانب المدعي فكأنه باع ما ادعى بما أخذ وفيما وقع على بيت من هذه الدار ذكر الشيخ الامام نجم الدين النسفي رحمه الله في شرح الكافي انه تسمع دعواه وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يسمع وجه من قال ان المدعي بهذا الصلح استوفى بعض حقه وأبرأ عن الباقي الا أن الابراء عن الاعيان باطل فصار وجوده وعدمه بمنزلة وجه ظاهر الروايات أن الابراء لاقى عينا ودعوى فان المدعي كان يدعي جميع الدار لنفسه والابراء عن الدعوى صحيح وان كان الابراء عن العين لا يصح فان من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذه العين يصح الابراء حتى ادعى بعد ذلك لا تسمع (قوله أو يلحق ذكر البراءة عن دعوى الباقي) لان الابراء عن دعوى العين يصح والله أعلم

(قوله لانه يأخذها الى قوله ويدفع المال) أقول قوله و يدفع معطوف على قوله يأخذها (قوله فيبقى في يد غير مشتمل على غرض المدعى عليه) أقول يعني يبقى العرض في يد المدعي (قوله فلا يسترده) أقول أي بحسب الاستحقاق (قوله ثم استحقت فان المدعي يرجع) أقول صوابه ثم استحق اذ الضمير المستتر فيه راجع الى العبد

(ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم) الى المدعي (فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين) أي فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى قال (وان ادعى حقا في دار الخ) هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها (ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها) كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي (وتقبل بينته لانه استوفى بعض حقه) وأبرأ عن الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام أنه لا تسمع دعواه وذكر صاحب النهاية أنه ظاهر الرواية ووجهه أن الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يصح ولم تسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم من دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه اجارة حتى يشترط كون المدة معلومة ولو أراد المدعي أن يدعي البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه اليه باعتبار بدله عينا أو منفعة قال المصنف (والوجه فيه) أي الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها (أحد أمرين ان يزيد درهما في بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي) مثل أن يقول برئت من دعواي في هذه الدار فانه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى

يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال (وان ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيا من العوض لان دعواه يجوز أن يكون فيما بقي) بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه أحد أمرين اما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

المدعي الى المدعى عليه شيأ بطريق الصلح وأخذ العين كان ذلك الصلح جائزا على ما صرحوا به مع انه في حق المدعي ليس بمعنى المعاوضة لان في زعم المدعي أن العين الذي ادعاه حقه ولا يتصور أن يعاوض انسان ملك نفسه بل هو في حق المدعي في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به أيضا (قوله أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي) قال صاحب النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هي أن يقول قد برئت من هذه الدار أو يقول قد برئت من دعواي في هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لا تقبل أما لو قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال قد أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار فهذا وأمثاله باطل وله أن يخاصم فيها بعد ذلك وفرق بين قوله برئت و بين قوله أبرأتك فان في قوله أبرأتك انما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى وعن هذا قالوا ان عبدا في يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئا منه ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه وانما أبرأه من ضمانه كذا في الذخيرة الى ههنا كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلأن بيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للمشروح وهو قول المصنف أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين وليس كذلك لان مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعى في العين بدون الحيلة في تصحيحه بأحد الامرين انما هو عدم صحة البراءة من العين والا لصح الصلح على ذلك بان كان استيفاء لبعض الحق واسقاطا للبعض الباقي كما في الصلح على بعض المدعى في الدين فالصورة الصحيحة المطابقة للمشروح انما هو قوله برئت من دعواي في هذه الدار وأما ثانيا فلأن قوله فان في قوله أبرأتك انما أبرأه

لوادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل وفى ذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة الى أنه لوقال أبرأتك عن دعواى أوخصومتى فى هذه الدار كان بالملا وله أن يخاصمه فيها بعد ذلك والفرق بينهما أن أبرأتك انما يكون ابراء من الضمان لامن الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات فى تعليل هذه المسئلة لان قوله أبرأتك عن خصومتى فى هذه الدار خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره فى ذلك بخلاف قوله برئت لانه أضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا ويعلم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب وهو ظاهر والله أعلم *(فصل)* لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر أنواعه شرع فى بيان ما يجوز عنه الصلح ومالا يجوز قال (والصلح جائز عن دعوى الاموال) الاصل فى هذا الفصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان فى معنى البيع كما مر واذا كان عن المنافع بمال كما اذا أوصى بسكنى داره ومات فادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة عن شئ كان فى معنى الاجارة لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح

(قوله ونقل بعض الشارحين عن الواقعات) أقول الناقل هو الاتقانى عن الواقعات الحسامية *(فصل)* والصلح جائز

قال المصنف (والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه فى معنى البيع) أقول يعنى اذا لم يكن بالمنافع والا فهو بمعنى الاجارة قال المصنف (قال والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح) أقول قال العلامة الاتقانى قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل ولهذا الوآجرهم لا يصح الا أنا نقول بان هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الذى وجب له بعقد الوصية ببدل والاصل

(فصل) (والصلح جائز عن دعوى الاموال) لانه فى معنى البيع على مامر قال (والمنافع) لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح

من ضمانه لامن الدعوى انما يتمشى فى قوله ابرأتك عن هذه الدار لافى قوله أبرأتك عن خصومتى لان الابراء من الخصومة هو الابراء من الدعوى وقد صرح بان قوله أبرأتك عن خصومتى فى هذه الدار باطل أيضا بخلاف ماقالوا فى عبد فى يد رجل فان المذكور هنالك فى جانب الابراء انما هو قول الآخر أبرأتك منه لا غير تبصر

(فصل) لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وأنواعه شرع فى بيان ما يجوز عنه الصلح ومالا يجوز (قوله والصلح جائز عن دعوى الاموال) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لانه فى معنى البيع على مامر) أقول ههنا شئ وهو أن قول القدورى والصلح جائز عن دعوى الاموال مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة فان أجرى على اطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لانه فى معنى البيع على مامر لظهور أن الصلح عن مال بمنفعة ليس فى معنى البيع بل هو فى معنى الاجارة كما صرح به فيما مر وان قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم أن لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة فى هذا الفصل مع انه معقود لبيان أنواع ما يجوز عنه الصلح ومالا يجوز فكان تقصيرا من المقيد بلا ضرورة لا يقال انما ترك ذلك النوع فى هذا الفصل بناء على كونه معلوما فيما مر لانا نقول ينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فانه أيضا كان معلوما فيما مر (قوله والمنافع) بالجر عطف على الاموال وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ القدورى قال المصنف فى تعليله (لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح) أقول لقائل أن يقول يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد فى باب الصلح فى الوصايا حيث قال واذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه

(فصل) (قوله والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه فى معنى البيع) والمنافع بان ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث أو أقر به فصالحه الوارث على شئ جاز لانه جاز أخذ العوض عنها بالاجارة

واللفظ الصلح لفظ يحتمل التمليك ويحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تمليكا أمكن تصحيحه اسقاطا فصح عناه اسقاطا وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم بالشرط ولهذا جاز على خدمة عبد آخر فلو كان هذا تمليكا لكان باطلا لان بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز وكذلك لو فعل ذلك وصى الوارث الصغير لانه تصرف نافع فى حقه فان مات العبد الموصى بخدمته بعد ماقبض الموصى له ماصالحوه عليه فهو جائز لانه عقد اسقاط وقد تم بالموت لان حقه فى منفعته مادام حيا وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له انتهى قال العلامة النسفى فى الكافى والصلح جائز عن دعوى المنافع بان ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده أو أقر به فصالحه الوارث على شئ جاز لانه جاز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح انتهى وأنت خبير بما بين ما نقل من الاسبيجابى والكافى من المخالفة ولعل فى جواز الاجارة روايتين فليتأمل ثم اعلم ان ظاهر ماذكره الاتقانى من قوله الا أنا نقول بان هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الخ يخالف لما ذكر فى الهداية كما لا يخفى وفى مبسوط الامام شمس الائمة السرخسى ولو أن الوارث اشترى منه الخدمة ينتقض ماذكرنا لم يجز لان الشراء لفظ خاص وضع لتمليك مال بمال والموصى له بالخدمة لا يملك تمليك الخدمة

واذا صالح عن جناية العمد أو الخطأ صح أما الاول فلقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما والحسن والضحاك فمن أعطى له فى سهولة من أخيه المقتول شيأ من المال بطريق الصلح فاتباع أى فلولى القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف أى على مجاملة وحسن معاملة وأداء أى وعلى المصالح أداء ذلك الى ولى القتيل باحسان فى الاداء وهذا ظاهر فى الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد وأما المعنى الآخر وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه فى الدين وهو المقتول شئ من القصاص بان كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف أى فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أى بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه وأداء اليه باحسان أى وليؤد القاتل الى غير العافى حقه وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس انها نزلت فى الصلح (قوله وهو بمنزلة النكاح) اشارة الى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فانه فى معنى النكاح من حيث ان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضى واذا كان فى معناه فما صلح أن يكون مسمى فى النكاح صلح ههنا فلو

صالحه على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا فى الصلح وان صالح على ذلك أبدا لم يجز لانه لم يصلح صداقا لجهالته فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم ألا ترى ان الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صداقا وأنه اذا صالح على أن يعفو من عليه قصاص عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تبتغوا باموالكم وبدل الصلح فى القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم

والاصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن قال (ويصح عن جناية العمد والخطأ) أما الاول فلقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع الآية قال ابن عباس رضى الله عنهما انها نزلت فى الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا أن عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانها موجب الدم

فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل ولهذا الوآجرهم لا يصح الا أنا نقول لان هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الذى وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظة الصلح تحتمل التمليك وتحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تمليكا أمكن تصحيحه اسقاطا فصح بمعناه اسقاطا وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم بالشرط الى هنا كلامه فان الموصى له اذا لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها من أحد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح ثم أقول يمكن أن يقال ان الموصى له وان لم يقدر على تمليكه المنفعة الموصى بها حقيقة الا أنه يقدر على تمليكها حكما من حيث انه يقدر على اسقاطها ببدل وقد أشار اليه الامام الاسبيجابى بقوله وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم فمعنى تعليل المصنف أن جنس المنافع تملك حقيقة بعقد الاجارة كما اذا آجر ملكه فكذا تملك حكما بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها فعلى هذا فكذا بالصلح (قوله فمن عفى له من أخيه شئ) أى من أعطى له من دم أخيه المقتول شئ وذلك بطريق الصلح وروى عن جماعة منهم عمر وابن عباس رضى الله عنهم أن الآية فى عفو بعض الاولياء وتقديره فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه فى الدين وهو المقتول شئ من القصاص بان كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف أى بقدر حقوقهم من غير زيادة وأداء اليه باحسان أى وليؤد القاتل الى غير العافى حقه وافيا غير ناقص كذا فى التفسير (قوله وهو بمنزلة النكاح) حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله الا ان عند فساد التسمية استثناء من قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا بمعنى لكن أى لكن اذا فسدت التسمية بجهالة فاحشة أو بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما فان كان الاول كما اذا صالح على دابة أو ثوب غير معين يصار الى الدية لان الولى ما رضى بسقوط حقه فيصار الى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية فى مال القاتل لان بدل الصلح لا تتحمله العاقلة لوجوبه بعقده

بعوض من غير الوارث بطريق البيع والاجارة فكذلك لا يملك تمليكه من الوارث بخلاف لفظ الصلح ألا يرى ان المدعى عليه بعد الانكار لو صالح المدعى على شئ لم يصر به مقرا حتى اذا استحق عاد الى رأس الدعوى ولو اشترى منه المدعى صار مقرا له بالملك حتى لو استحق البدل رجع بالمدعى انتهى (قوله فمن أعطى له الخ) أقول من حينئذ كناية عن الولى (قوله فمن عفى عنه) أقول فيكون له بمعنى عنه (قوله ولا يتوهم الى قوله وان لم يصلح صداقا) أقول لكن قال فى المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل فى جنس هذه المسائل أن ما صلح مهرا فى النكاح صلح بدلا فى الصلح عن دم العمد ومالا فلا والوصيف يصلح مهرا فى النكاح وينصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا فى الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله ومالا فلا فليتأمل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية

ولوصالح على خمر لايجب شئ لانه لايجب بمطلق العفو وفى النكاح يجب مهر المثل فى الفصلين لانه الموجب الاصلى ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل فى اطلاق جواب الكتاب الجناية فى النفس ومادونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لايصح لانه حق التملك ولاحق فى المحل قبل التملك أما القصاص

يحصل التوفيق بين كلامى الشيخين قال الامام النسفى فى الكافى الصلح جائز عن دعوى المنافع بان ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده أو أقر به فصالحه الوارث على شئ جاز لانه جاز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا ونقل ماذكره الامام الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد على مامر وأنت خبير بما بين مانقل من الاسبيجابى والكافى من المخالفة ولعل فى جواز الاجارة روايتين فليتامل انتهى (أقول) المخالفة بينهما فى الفهم لافى المفهوم لان مراد صاحب الكافى هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما اذا آجره لمكه فكذا جاز أخذ العوض بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلا وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة هى سكنى دار مثلا وصية من رب الدار بالاجارة كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى تلزم المخالفة ثم أقول بقى ههنا كلام وهو أن ماذكره الامام الاسبيجابى فى شرح الكافى من أنه اذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز وماذكره صاحب النهاية نقلا عن المغنى من أنه اذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك لو صالحه على خدمة عبد آخر يجوز أيضا وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهرا ولبس ثوب شهرا فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر فى كثير من الكتب المعتبرة فان مدلولهما جواز الصلح عن المنفعة وان اتحد جنس المنفعتين من حيث جوزفيهما مصالحة الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر والمصرح به فى كثير من المعتبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال فى البدائع فان كان المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لايجوز عندنا وموضع المسئلة كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما يصح به الاجارات ويفسد بما يفسد به انتهى وقال فى التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانتا مختلفتى الجنس وان كانتا متفقتين بان يصالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلايجوز لانه لايجوز استئجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعتبرات فتدبر (قوله والاصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف

حتى ان ماصلح مسمى فيه صلح ههنا فاهذا لوصالح من دم العمد على سكنى داره أو خدمة عبده جاز لانها تصلح مهرا ولوصالح عليها أبدا أو على مافى بطن أمته أو على غلة نخله سنين معلومة لم يجز لانه لايصلح مهرا وكل جهالة تحملت فى المهر تتحمل ههنا ومايمنع صحة التسمية يمنع وجوبه فى الصلح لتشاكلهما من حيث ان المال يجب فيهما ابتداء لافى مقابلة مال وعند فساد التسمية يسقط القود ويجب بدل النفس وهو الدية نحو ان يصالح على ثوب كما يجب مهر المثل فى النكاح الا انهما يفترقان من وجه وهو انه اذا تزوجها على خمر يجب مهر المثل ولوصالح على خمر لايجب شئ لان وجوب المهر فى النكاح من ضرورة العقد لانه لم يشرع الا بالمال واذا لم يكن المسمى مالا لغت التسمية أصلا وصار كانه تزوجها ولم يسم لها مهرا وثمة يجب مهر المثل ووجوب المال فى الصلح ليس من ضرورة الصلح فانه لو عفا ولم يسم مالا لم يجب شئ (قوله لانه لايجب بمطلق العفو) يعنى لما لم يسم مالا متقوما فى الصلح عن دم العمد صار ذكر الخمر والسكوت عنه سواء فبقى مطلق العفو عن القصاص وفى ذلك لايجب شئ فكذا فى ذكر الخمر فى الصلح (قوله وفى النكاح يجب مهر مثل فى الفصلين) أى فى فساد التسمية كما اذا تزوجها على ثوب وفى تسمية الخمر والخنزير (قوله وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث

وان كان الثانى كما لوصالح على خمر فانه لايجب عليه شئ لانه لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره والسكوت عنه سيين ولو سكت لبقى العفو مطلقا وفيه لايجب شئ فكذا فى ذكر الخمر (وفى النكاح يجب مهر المثل فى الفصلين) أى فى فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر (لانه الموجب الاصلى) فى النكاح (ويجب مع السكوت عنه حكما) قال الله تعالى قد علمنا مافرضنا عليهم فى أزواجهم وموضعه أصول الفقه وتحقيقه أن المهر من ضرورات عقد النكاح فانه ماشرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا صار كما لو لم يسم مهرا ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا ههنا وأما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال فانه لو عفا بلا تسمية شئ لم يجب شئ وفيه نظر لان العفو لايسمى صلحا والجواب أن الصلح على مالا يصلح بدلا عفو ممن له الحق فصح أن وجوبه ليس من ضروراته (ويدخل فى اطلاق جواب الكتاب) وهو قوله ويصح عن جناية العمد (الجناية فى النفس ومادونها وهذا) أى الصلح عن جناية العمد (بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فانه لايصح لان حق الشفعة حق أن يتملك وذلك ليس بحق فى المحل قبل التملك) فاخذ البدل أخذ مال فى مقابلة

(قوله والجواب أن الصلح على مالايصلح بدلا عفو ممن له الحق) أقول فيه نوع مصادرة

ذلك المحل فى حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لايجب المال بالصلح عنه غير أن فى بطلان الكفالة روايتين على ماعرف فى موضعه وأما الثانى وهو جناية الخطا فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا أنه لاتصح

العاقل ماأمكن) أقول لقائل أن يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرحوا به فامكان حمل مثله على شئ من العقود غير ظاهر سيما اذا وقع على ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فتامل (قوله وهو بمنزلة النكاح حتى أن ماصلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال) قال الشراح فى شرح قوله ان ماصلح مسمى فيه صلح ههنا ولا ينعكس هذا أى لايقال كل مايصلح بدلا فى الصلح يصلح مسمى فى النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لان الصلح عن دم العمد على أقل من عشرة دراهم صحيح وان لم يصلح مادون العشرة صداقا ولانه لوصالح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تبتغوا باموالكم وبدل الصلح فى القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم (أقول) هنا اشكال وهو أنه اذا صح أن يكون بدل الصلح فى جناية العمد ماليس بمال كالعفو عن القصاص لزم أن لايصح قول المصنف اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جناية العمد فى صورة أن صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هنالك مبادلة غير المال بغير المال كما لايخفى وقال الشراح تفريعا على قول المصنف حتى أن ماصلح مسمى فيه صلح ههنا فلوصالح عن دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا فى الصلح ولو صالحه على ذلك أبدا أو على مافى بطن أمته أو على غلة نخله سنين معلومة لم يجز لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا فى الصلح انتهى (أقول) فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الاشياء المذكورة بقولهم لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا فى الصلح ينافى قولهم بان العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما ذكروا يبتنى على لزوم العكس والتزامه فالصواب تعليل عدم جواز الصلح فى تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لئلا يصلح صداقا فان جهالته تفسد الصلح فيما احتيج فيه الى التسليم والتسلم كما تقرر فيما مر وقال بعض الفضلاء فى حاشيته على قول صاحب العناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم لكن قال فى المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل فى جنس شرع المسائل أن ماصلح مهرا فى النكاح صلح بدلا فى الصلح عن دم العمد ومالا فلا والوصيف يصلح مهرا فى النكاح وينصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا فى الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله ومالا فلا فليتأمل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية الى هنا كلام ذلك البعض (أقول) لامخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية اذ لافساد فى التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس فى الوصيف جهالة فاحشة سيما اذا انصرف مطلقه الى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهرا فى النكاح وهذا أمر لاسترة به (قوله وأما الثانى وهو جناية الخطا فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) أقول فيه شئ وهو أنهم صرحوا بان الصلح اذا كان على جنس مااستحقه المدعى على المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه وسياتى ذلك فى الكتاب أيضا فى باب الصلح فى الدين ولايخفى أن الصلح عن جناية

لايصح) والوجه فى الفرق بينهما ان حق الشفعة على أن يتملك محلا هو مملوك للغير وقبل التملك لاحق فى المحل بوجه ما وأما فى باب القصاص فالمحل صار مملوكا فى حق اقامة الفعل حتى اذا وقع الفعل اتصف بكونه حقا واذا صار المحل مملوكا فى حق اقامة الفعل قبل الفعل ظهر الحق فى المحل فيملك الاعتياض (قوله غير ان فى بطلان الكفالة روايتين) فى رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة يبطل وبه يفتى وهو رواية أبى حفص

ماليس بشئ ثابت فى المحل وذلك رشوة حرام أما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العوض عما هو ثابت له فى المحل فكان صحيحا (واذا لم يصح الصلح بطل حق الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت) وقيد بقوله حق الشفعة على مال احترازا عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لايصح لان حصته مجهولة لكن لاتبطل الشفعة لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح (والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة) يعنى اذا كفل عن نفس رجل فجاء المكفول وصالح الكفيل على شئ من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لايصح الصلح (ولايجب المال غير أن فى بطلان الكفالة روايتين) فى رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية أبى حفص وبه يفتى لان السقوط لايتوقف على العوض واذا سقطت لاتعود وفى الصلح من رواية أبى سليمان لاتبطل لان الكفالة بالنفس وقد تكون موصلة الى المال فاخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضى أن يسقط حقه بعوض لم يسقط مجانا (وأما الثانى وهو جناية الخطا فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع)

ثم الصلح فيه اما أن يكون على أحد مقادير الدية أولا والاول اما أن يكون منفردا أو منضما الى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة ابطالا له بل القصاص ليس بمال فكان الواجب أن لا يقابله مال ولكنه أشبه النكاح في تقومه بالعقد فجاز بأى مقدار تراضيا عليه كالتسمية في النكاح وان كان منضما الى العمد كان كما اذا قتل عمدا وآخر خطأ ثم صالح أولياءهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقى فلصاحب العمد (٣٨٨) كمن عليه لرجل مائة دينار وللآخر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الالف الالف والباقى لصاحب الدنانير والثاني كما اذا صالح على مكيل أو موزون جازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة الا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقا عن دين الدية بدين بدل الصلح (ولو قضى القاضي باحد مقادير الدية) مثل أن قضى بمائة من الابل ثم صالح أولياء القتيل على أكثر من مائتي بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء في الابل وخرج غيره من أن يكون واجبا بهذا الفعل (فكان ما يعطى عوضا عن الواجب) فكان صحيحا (بخلاف الصلح) بالزيادة عليه (ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين) ولو قضى القاضي باحد المقادير بزيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا قال (ولا يجوز عن دعوى حد) الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا أخذ رجل زانيا أو سارقا أو شارب خمر وأراد أن

الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على أحد مقادير الدية أما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تجوز الزيادة على ما تعين قال (ولا يجوز عن دعوى حد) لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق

الخطأ اذا كان على أحد مقادير الدية مطلقا قبل أن يقضى القاضي باحد منها بعينه أو كان على جنس ما قضى القاضي به بعد ان قضى باحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل فلم يتم اطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتامل (قوله ووجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها) أى ان يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة كذا في الكافي وكثير من الشروح قال صاحب غاية البيان وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر اهـ (أقول) هذا كلام خال

وفي الصلح في رواية أبي سليمان رحمه الله انه لا يبطل فوجه البطلان هو ان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقط لا يعود وفي رواية الكفالة بخلافها فوجهه ان الكفالة بالنفس سبب من الوصول الى المال فاخذ حكمه من هذا الوجه فاذا رضي بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجانا (قوله بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية) ويفترقان أيضا في الصلح على الخمر والخنزير ذكر في المبسوط ولو كان القتل خطأ أى في الصلح عن القتل على الخمر والخنزير كان عليه الدية لان هذا صلح عن مال فيكون نظير الصلح من سائر الديون اذا بطل بقي المال واجبا كما كان وهو الدية (قوله كيلا يكون افتراقا عن دين بدين) أى عن دين الدية بدين بدل الصلح فلو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر الخ صورته قضى القاضي بمائة من الابل ثم صالح أولياء القتيل على أكثر من مائتي بقرة فهو جائز لان القاضي عين الواجب في الابل وخرج غيره من أن يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطى عوضا عن الواجب فصح ان كان يدا بيد اما لو صالح على شيء من المكيل أو الموزون سوى الدراهم أو الدنانير الى أجل هو باطل لان القاضي عين الحق في الابل فكان هذا اعتياضا عن دين بدين (قوله فلا يجوز الزيادة على ما تعين) أى شرعا (قوله ولا يجوز من دعوى حد) صورته رجل أخذ زانيا أو سارقا أو شارب خمر وأراد أن يرافعه الى الحاكم فصالح المأخوذ على مال ان لا يرافعه الى السلطان فالصلح باطل ويرجع عليه بما دفع من المال وكذلك لو ادعى رجل على رجل قذفا فصالح المدعى عليه بدراهم على ان يعفو عنه فالصلح باطل (قوله ولهذا لا يجوز الاعتياض) اذا ادعت المرأة

(قوله بل القصاص ليس بمال) أقول وبهذا يظهر وجه بطلان الصلح عن الكفالة (قوله والثاني كما اذا صالح على مكيل الخ) أقول هو معطوف على ما سبق بثمانية أسطر تخمينا وهو قوله والاول اما الخ الجواب قال المصنف (وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه الى طريق العامة) أقول قال العلامة النسفي في الكافي بخلاف ما لو كان الى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوكة لاهلها انتهى قال المصنف (لانه حق العامة) أقول وفي الكافي بدل قوله لانه حق العامة لان الحق في الشارع لجماعة المسلمين انتهى يفهم منه أن الشارع يطلق على طريق العامة مطلقا حيث قوبل بغير النافذة

يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليترك ذلك فالصلح باطل وله أن يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام واذا ادعت امرأة على رجل صبيا هو بيدها انه ابنه منها وجحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها او بانت منه وصدقها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه (واذا أشرع رجل الى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك) وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوكة لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لا يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضا الباقين وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم ليترك الظلة جاز اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها (٣٨٩) في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا لو باع شيأ من بيت المال صح (وحد القذف داخل في جواب الحدود لان المغلب فيه حق الشرع) ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث بخلاف القصاص قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا الخ) هذا بناء على الاصل المار ان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه شبها واذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته أمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وبدلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها فان أقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل لان ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يحل له ما أخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع أنواع الصلح الا أن يسلمه بطيب عن نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهي ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز وجه الاول أن يجعل كأن الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني أنه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة

الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع) لانه أمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بدلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال (واذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها جاز) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها ووجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على

عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا فلا بد أن يجعل ترك النكاح بمال فرقة ببدل وهي الخلع ولما جعل خلعا سقط أصل المهر فلا بد أن يجعل ما بذله لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه (قوله فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة) اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة وانما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج كذا في الكافي وكثير من الشروح (أقول) للمانع أن يمنع قولهم اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فانه يسلم له منها أصل المهر اذ لولا هذه الفرقة للزمه مهرها

نسب ولدها أى اذا ادعت المطلقة على زوجها نسب ولدها بان قالت انه ابنه وجحد الرجل فصالح من النسب على شيء فالصلح باطل لان النسب يثبت حقا للولد لاحتياجه اليه لا حقا لها فلا تملك الاعتياض لاسقاطه وكذا لو كان لرجل ظلة أو كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل وأراد طرحه فصالحه على مال لان الحق في الشارع لجماعة المسلمين فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد وانما يكون لكل واحد حق الخصومة في الدفع والمنع حسبة بخلاف ما لو كان على طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوك لاهله فيظهر في حق الانفراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل الى تحصيل رضاء الباقين فجاز كذا في الايضاح ولو صالح الامام صاحب الظلة على دراهم على ان يترك الظلة جاز الصلح وان كانت في طريق العامة اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضع ذلك في بيت المال لان الاعتياض من الشركة العامة جائز من الامام فانه لو باع شيئا من بيت المال يجوز (قوله ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى) اذا كان مبطلا في دعواه هذا عام في جميع أنواع الصلح (قوله ووجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها) كأنه زاد في مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة (قوله فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة) اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة وانما المرأة هي التي تسلم لها نفسها تتخلص عن الزوج وان لم

(قوله فصالحه رجل من أهل الطريق الخ) أقول يعني من أهل طريق غير نافذ (قوله والوطء الحرام في جانبها) أقول فيه بحث فانه لا يكون حراما اذا كان بالقضاء وجوابه ان المرأة يجوز ان تعتقد ذلك على رأى من قال لا ينفذ القضاء باطنا (قوله فكان رشوة) أقول أى رشوة محضة

(وان ادعى على رجل) مجهول الحال (انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه) فاقرب العقود اليه شبه العتق على مال فيجعل بمنزلته لامكان تصحيحه على هـذا الوجه فى زعمه ولهذا يصح على حيوان الى أجل فى الذمة) ولا يصح ذلك الا بمقابلة ماليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم فى الحيوان (و) يجعل (فى حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا أنه لا يثبت الولاء له لانكار العبد الا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء) لانه صالحه بعد كونه عبدا له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء (واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه لم يجز) سواء كان عليه دين أولا (وان قتل عبدله) أى للعبد المأذون له (رجلا عمدا فصالح عنه جاز) سواء كان عليه دين أولا (والفرق أن رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا وان جاز اجارة فلا يجوز أن يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالاجنبى) أى صار العبد كالاجنبى فى حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبى اذا صالح عن مال مولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا ههنا (اما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا و) تحقيق (هذا ان المستحق كالزائل عن ملكه) فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له أن يتلفه (وهذا) أى الصلح (كأنه شراؤه وهو يملك ذلك) بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فكذا لا يملك الصلح وطولب بالفرق

ما كان عليه قبل الدعوى فلا شئ يقابله العوض فلم يصح قال (وان ادعى على رجـل انه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان فى حق المدعى بمنزلة الاعتاق على مال) لانه أمكن تصحيحه على هذا الوجه فى حقه لزعمه ولهـذا يصح على حيوان فى الذمة الى أجل وفى حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم أنه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا أن يقيم البينة فتقبل و يثبت الولاء قال (واذا قتل العبـد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له أن يصالح عن نفسه وان قتل عبدله رجلا عمدا فصالحه جاز) و وجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهـذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبى أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهـذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال (ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لان الواجب هى القيمة وهى مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عنـد اختلاف الجنس وبخـلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة

عند اثباتها النكاح فجاز أن يعطى الزوج العوض ليسلم له المهر فى ضمن ها تيك الفرقة التى هى فى معنى الخلع فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطى العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة فى شرح هذا المقام حيث قال يعنى أن هذا الصلح ان جعل فرقة فلا عوض فى الفرقـة من جانبها على الزوج كالمرأة اذا امكنت ابن زوجها لا يجب عليـه شئ انتهى ويشير اليه قول يجعـل فرقـة فالحال على ما كانت عليه قبـل الدعوى وتكون هى على دعواها فلا يكون ما أخذته عوضا عن شئ فلا يجوز لانه رشوة محضـة من غير دفع خصومة و يلزمها رده (قوله ولهـذا يصح على حيوان فى الذمة الى أجل) هذا ايضاح لكونه بمنزلة الاعتاق على مال اذ لو كان بطريق المعاوضة لما جاز هذا لان الحيوان لا يثبت دينا فى الذمة فى المعاوضات (قوله الى أجل) للتأكيد فان ما لا يثبت دينا فى الذمة لا يثبت بذكر الاجل المعلوم كما فى السلم والسلم لا يجوز فى الحيوان فيكون ذكر الاجل مؤكدا لنفى وجوب الحيوان دينا فى الذمة

بينـه و بين المكاتب فانه لو قتـل عمدا فصالح عن نفسه جاز وأجيب بان المكاتب حر يدا واكسابه له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجـه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولى القتيل ان يقتـله بعـد الصلح لانه لما صالحـه فقد عفا عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل فى حق المولى فتأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح فى حق المولى فصار كانه صالحـه على بدل مؤجـل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له أن يقتل ولا أن يتبعه بشئ مالم يعتق فكذا هذا قال (ومن غصب ثوبا يهوديا الخ) يهود قوم من أهل الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودى وانما خصه بالذكر اشارة الى كونه معلوم القيمة وكل قيمى معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيميا معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على أكثر منها من النقود جاز عند أبى حنيفة وقالا يبطل الفضل عن قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج الى الصلح غالبا وقيد بالقيمى احترازا عن المثلى فان الصلح عن كر حنطة على دراهم أو دنانير جائز بالاجماع سواء كانتا أكثر من قيمته أولا ولكن القبض شرط وان كانتا باعيانهما لئلا يلزم بيع الكالئ بالكالئ وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان قائما جاز الصلح على أكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف فى الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل فى ولابى

(قوله ولهذا كان له الخ) أقول الضمير فى قوله له راجع الى الولى قال المصنف (ولهذا لا يملك التصرف فيه) أقول قال فى النهاية أى فى رقبتـه بتأويل العضو أو الجزء انتهى فيه بحث فان الرقبة هنا مجاز عن النفس (قوله وهذا أى الصلح كأنه شراؤه الخ) أقول فاشار الشارح الى أن الكلام على التشبيه (قوله يؤاخذ به بعد العتق) أقول قوله يؤاخذ به صفة أخرى

هذا ان الدراهم تقع فى مقابلة عـين المغصوب حقيقة ان كان قائما أو تقديرا ان لم يكن عند أبى حنيفة وعندهـما بمقابلة قيمة المغصوب فقالا ان الواجب هو القيمة وهى مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليهما بما لا يتغابن فيه الناس كان ربا بخـلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختـلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخـل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة ولابى حنيفة طريقان أحدهما أن المغصوب بعـد الهلاك باق على ملك المالك مالم يتقرر حقه فى ضمان القيمة حتى لو كان عبـدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان آبقا فعاد من اباقه كان مملوكا له واذا كان كذلك فالمال الذى وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه فى الثوب أو العبد ولا ربا بين العبـد والدراهم كما لو كان العبد قائما والثانى أن الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترده فهو الاصل فى الغصب وانما تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العـين وكان ذلك

ولابى حنيفة ان حقه فى الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه فى مثله صورة ومعنى لان ضمـان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا

صاحب العناية فان جعـل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج فى الفرقة كما اذا امكنت ابن زوجها انتهى فـاذا حال هذا المعنى (قلت) يرد عليه أيضا ان يقال وقوع الفرقة من جانب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج العوض لو كانت هى مستقلة فى مباشرة سبب الفرقـة كما اذا امكنت ابن زوجها وأما اذا كانت مباشرتها سبب الفرقة برأى الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذا كان تركها دعوى النكاح فيـه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسـلم أن وقوع الفرقة من جانب المرأة فى مثل ذلك يمنع اعطاء الزوج العوض ألا يرى أنه لو قال رجل لامرأته طلقى نفسـك أو قال لها اختارى ينوى بذلك الطلاق فلها أن تطلق نفسها مادامت فى مجلسها ذلك فان طلقت نفسها فى ذلك المجلس لزمـه مهرها قطعا فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هنالك مانعا عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا عنه فيما اذا امكنت ابن زوجها فكذا ههنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعا عن لزوم اعطاء الزوج العوض فتدبر (قوله أو حقه فى مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثـل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء الخ) قال صاحب العناية وفى كلام المصنف تسامح لانه وضع

(قوله يكون الكفن عليه) تبين بهذا ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه فكان الصلح واقعا عن ملكه فى الثوب المستهلك ولا ربا بين الثوب والدراهم (قوله أو حقه فى مثله صورة ومعنى) هذا الوجه الثانى لابى حنيفة رحمه الله وهو ان حق المالك فى مثـل المغصوب صورة ومعنى وايجاب الثوب والحيوان ممكن فى الذمة كما فى النكاح والدية وانما ينتقل حقه من المثـل الى القيمة ضرورة تعذر استيفاء المثل لعجز من له ومن عليـه عن رعاية المماثلة فاما الاضرورة فى ايجاب المثل لان الله تعالى عالم بذلك فـالم يقض القاضى بالقيمة بقى المثل واجبا فى الذمة ومنه فقبل قضاء القاضى بالقيمة اذا تراضيا على الاكثر كان بدل الصلح عوضا عن ملكه أو عن المثل صورة ومعنى لا عن القيمة فلا يتحقق الربا كما اذا كان العبد أو الثوب قائما بخلاف ما لو قضى القاضى بالقيمة ثم صالح على أكـثر من القيمة لان الحق قد انتقل بالقضاء الى القيمة وبخلاف ما اذا كان العبـد بين الرجلين فاعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر مع المعتق على أكثر من قيمة نصيبه فالفضل باطل اتفاقا لان القيمة فى العتق منصوص عليها قال عليه السـلام من أعتق شقصا من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه وتقـدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضى فلا تجوز الزيادة عليـه بخلاف ما مر لانها غير منصوص عليها فلم تقم فيها دلالة التقدير فان قيل لو صالحه على طعام موصوف فى الذمة الى أجل لا يجوز ولو كان

ضرورة بالايصار اليه الا عند العجز فاذا صالح على شئ كان البدل عوضا عن العين وهو خـلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربا وفى كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة فى القيمى وذكر فى الدليل المثـلى فان وجوب المثـل صورة ومعـنى انما هو فى المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلى فحينئذ يصار اليها ويمكن أن يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى أن المثلى اذا انقطع حكمه كالقيمى لا ينتقل فيـه الى القيمة الا بالقضاء فقبله اذا تراضـيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف فى الذمة الى أجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المغصوب جاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن و بمقابلة القيمة مبيع و بما لو صالح من الدية على أكثر من عشرة آلاف درهم لم يجز وأجيب بان المغصوب المستهلك لا يوقف على أثره فكان كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صالحه عن ذلك حالا جاز و بان البدل جعل فى مقابلة الدية لانه لا وجه لجعله على الاعتياض عن المقتول وعورض دليل أبى حنيفة بانه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكما لجاز وأجيب بان المبيع يقتضى قيام مال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال وأما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطا وصحته لا تقتضى قيام مال متقوم حقيقة

(قوله وفى كلام المصنف تسامح الى قوله انما هو فى المثليات) أقول وفى الكافى أو حقه فى الاصـل صورة ومعنى اذ الواجب ضمان العدوان وهو مقيد بالمثل كما نطق به النص وايجاب الحيوان والثوب فى الذمـة ممكن كما فى النكاح والدية انتهى و به يندفع ما ذكره الشارح فان قوله وجوب المثل صورة ومعنى انما هو فى المثليات غير مسلم وعليك بالتأمل

يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (واذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق أما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان القيمة فى العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضى فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها (وان صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل والله أعلم بالصواب

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

المسئلة فى القيمى وذكر فى الدليل المثلى فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو فى المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلى فحينئذ يصار اليها انتهى كلامه (أقول) قد غلط فى استخراج هذا المقام فحمل كلام المصنف على التسامح ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق فى قوله أو حقه فى مثله صورة ومعنى هو حق الاخذ وهذا غير متصور فى القيميات لان أخذ المثل فرع وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور فى المثليات وليس مراد المصنف به ذلك قطعا بل انما مراده به حق تعلق الملك بجهة أن الواجب فى ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الهالك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور فى القيميات أيضا وان لم يتصور حق الاخذ الا فى المثليات لان وجوب القيميات فى الذمة ممكن كالحيوان والثوب فى النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به ومما يفصح عما قلناه ما ذكر فى الذخيرة ونقل عنها فى النهاية بان قال والوجه لابى حنيفة رحمه الله ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما فيجوز بالغا ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقة وانما قلنا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما لان الواجب فى ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لانه ضمان عدوان فيكون مقيدا بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه فى غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات وايجاب الحيوان والثوب فى الذمة ممكن كما فى النكاح والدية الا أن عند الاخذ يصار الى القيمة ضرورة ان أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن الا بمسابقة التقويم والآخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة فى الوجوب لان الوجوب بايجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما ادعينا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيفما كان انتهى والعجب من صاحب العناية انه بعد ما نظر الى النهاية وسائر المعتبرات واطلع على ما فيها كيف وقع فى تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى أن المثلى اذا انقطع حكمه كالقيمى لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله ان تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة انتهى (أقول) عذره أقبح من ذنبه لان المصنف ههنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى تفيد اشارته الى اشتراك المسئلتين فى الحكم شيأ بل هو ههنا فى مقام الاستدلال على قول أبى حنيفة فى الصلح عن الثوب المستهلك على أكثر من قيمته فان لم يفد الدليل الذى ذكره المدعى بناء على كون المدعى فى القيمى وكون الدليل مخصوصا بالمثلى كما زعمه لا يتم المطلوب فيختل الكلام لعدم ايفائه حق المقام ولا تجدى الاشارة الى أمر أجنبى عن الصدد نفعا كما لا يخفى

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان

ما يقع عليه الصلح بدلا عن العبد لجاز لان الطعام الموصوف بمقابلة العبد يكون ثمنا وبمقابلة القيمة يكون مبيعا قلنا انما لا يجوز لان العبد المستهلك لا يوقف على أثره وما لا يوقف على أثره يكون فى حكم الدين والدين بالدين حرام فلهذا لم يجز الصلح على طعام مؤجل لان الطعام بدل عن القيمة ولهذا لو صالحه على طعام موصوف فى الذمة حالا وقبضه فى المجلس جاز ولو كان بدلا عن القيمة لما جاز لانه بيع ما ليس عند الانسان والله أعلم

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

(قوله واذا كان العبد بين رجلين الخ) ظاهر والمراد بالنص ما مر فى العتاق من قوله صلى الله عليه وسلم ومن أعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا أو يسعى العبد

(باب التبرع الصلح والتوكيل به) لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان الانسان فى العمل لغيره متبرع قال

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به) (قوله وهو المراد بالتبرع بالصلح) أقول فيه بحث

(ومن

(ومن وكل رجلا بالصلح عنه الخ) ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه أى عمن وكل فى رواية المصنف وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه الا أن يضمنه المال لازم للموكل أى على الموكل كما فى قوله تعالى وان أسأتم فلها أى عليها وهذا

(ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا أن يضمنه والمال لازم للموكل) وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا أن يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل

الانسان فى العمل لغيره متبرع واقتفى أثره صاحب الغاية وصاحب العناية (أقول) ان قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد اذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح ههنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف والتوكيل به مستدركا لتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به أيضا فالحق عندى أن المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير أمره وبالتوكيل به هو الصلح عنه بامره وكلتا الصورتين مذكورتان فى هذا الباب فيسلم ما ذكر فى عنوان الباب عن الاستدراك بقى شئ وهو أن التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذى ذكره بالنظر الى قول المصنف فى العنوان والتوكيل به والجواب أن التوكيل المذكور فى العنوان مصدر من المبنى للمفعول فيرجع الى معنى التوكل وهو تصرف للغير فان قلت فلم يقل والتوكل به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج الى البيان بانه مصدر من المبنى للمفعول قلت فائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هى الايماء الى أن المراد التوكل الحاصل بالتوكيل وهو التوكل بامر الغير الذى هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير وهو التبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك تأمل فانه معنى لطيف (قوله والمال لازم للموكل) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية فى شرح الاقطع والمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غاية البيان واللام فى للموكل بمعنى على كما فى قوله تعالى وان أسأتم فلها أى فعليها واقتفى أثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم للموكل أى على الموكل كما فى قوله تعالى وان أسأتم فلها أى فعليها انتهى (أقول) لا وجه لحمل اللام فى قوله والمال لازم للموكل على معنى على لان للموكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم تتعدى بنفسها وبالباء يقال لزمه ولزم به ولا تتعدى بعلى فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط فالصحيح أن تبقى اللام فى عبارة الكتاب على حالها ويكون اقحامها لتقوية العمل فالمعنى والمال يلزم الموكل وادخال اللام على معمول اسم الفاعل من الافعال المتعدية بانفسها لتقوية العمل شائع فى كلام العرب بخلاف قوله تعالى وان أسأتم فلها لان اللام فى فلها هنالك متعلق بمقدر كما لا يخفى فيجوز أن يقدر ما يصلح أن تكون كلمة على صلة له فلا ضير فى أن يحمل اللام هنالك على معنى على تأمل تقف (قوله وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الخ) قال صاحب النهاية وهذا الذى ذكره من التأويل لا يكفى لتأويل المسئلة فان فيه قيدا آخر وهو انه اذا كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شئ وان كان الصلح فى المعاوضات لانه ذكر فى المبسوط فى باب الصلح فى العقار ولو ادعى رجل فى دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بامره أو بغير أمره الى أن قال ولا يجب المال على المصالح الا أن يضمنه الذى صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبى كما يجوز مع الخصم انتهى واقتفى أثره كثير من الشراح

(قوله ما صالح عنه) أى عن الموكل (قوله أما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل) هذا اذا كان الصلح عن اقرار وأما اذا كان الصلح عن انكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل فى شئ وفى المبسوط فى باب الصلح فى العقار ولو ادعى رجل فى دار حقا فصالحه عنه آخر بامره أو بغير

كما ترى يدل بظاهره على أن الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المصنف (وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه الا أن يضمنه لانه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل) وذكر فى شرح الطحاوى والتحفة على اطلاق جواب المختصر وقال صاحب النهاية ما معناه انه لا بد لتأويل المسئلة من قيد آخر وهو أن يكون المصالح فى المعاوضات على الانكار فان كان لا يجب على الوكيل شئ وان كان فيها لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وذلك جائز مع الاجنبى جوازه مع الخصم

قال المصنف (لم يلزم الوكيل ما صالح عنه) أقول أى عمن وكل فالعائد الى اسم الموصول محذوف أى ما صالح عليه عن الموكل (قوله وروى غيره) أقول يعنى الاقطع (قوله وهو ان يكون المصالح فى المعاوضات) أقول الظاهر ان يقال الصلح فى المعاوضات (قوله وان كان فيها) أقول الضمير فى قوله فيها راجع الى المعاوضات

قال (وان صالح عنه رجل بغير أمره الخ) وان صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه ووجه ذلك ان الفضولى عند الصلح على مال اما أن قرن بذكر المال ضمان نفسه أولا فالاول هو الوجه الاول والثانى اما أن أضاف المال الى نفسه أولا فالاول هو الوجه الثانى والثانى اما أن يسلم المال المذكور أولا فالاول هو الوجه الثالث والثانى هو الرابع ولكن يرد وجهان آخران وهو ان يكون المال المذكور خاليا عن الاضافة اما معرفا أو منكرا وكل منهما اما أن قرن به التسليم أولم يقرن وقد ذكر وجها حكم المنكر وبقى وجها حكم المعرف ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم فى المنكر فبقى (٣٩٤) حكم المعرف غير المسلم وهو الذى ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر ما وجه

قال (وان صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح) لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفى حقها هو والاجنبى سواء فصلح أصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولى بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شئ من المدعى وانما ذلك للذى فى يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق فى هذا بين ما اذا كان مقرا أو منكرا (وكذلك ان قال صالحتك على ألفى هذه أو على عبدى هذا صح الصلح ولزمه تسليمها) لانه لما أضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح (وكذلك لو قال على ألف وسلمها) لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف فان أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل) لان الاصل فى العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا أن الفضولى يصير أصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضفه بقى عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال العبد الضعيف عصمه الله ووجه آخر وهو أن يقول صالحتك على هذه الالف أو على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيأ سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان

فى أن ما ذكره المصنف لا يكفى لتأويل المسئلة بل لا بد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح فى المعاوضات على الانكار (أقول) يمكن أن يقال يستغنى عنه بما ذكره المصنف فان قوله أما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو

أمره الى أن قال ولا يجب المال على المصالح الا أن يضمنه للذى صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبى كما يجوز مع الخصم الا أن الاجنبى ان ضمن المال فهو عليه بالالتزام ولا يدخل فى ملكه بازاء ما التزم شئ لان المسقط يكون متلاشيا فلا يكون داخلا فى ملك أحد وان كان لم يضمن لم يلزمه المال بمطلق العقد ولكن ان كان الصلح بامر المدعى عليه فالمال على المدعى عليه لان الاجنبى معبر عنه ألا ترى انه لا يستغنى عن اضافة العقد اليه وان كان بغير أمره فهو موقوف على اجازته لان المال لم يجب على المصالح ولا يمكن ايجابه على المدعى عليه بغير رضاه والمدعى لم يرض بسقوط حقه الا بعوض يجب له فيتوقف على رضا المدعى عليه (قوله كالفضولى فى الخلع) أى من جانب المرأة (قوله ويكون متبرعا) بالواو (قوله بخلاف ما اذا كان بامره) أى لا يكون متبرعا على المدعى عليه حينئذ (قوله ولا يكون لهذا المصالح شئ من المدعى وانما ذلك للذى فى يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط) أى اسقاط المدعى عن المدعى عليه والمسقط يكون متلاشيا فلا يثبت له شئ ولا فرق فى هذا أى فى ان لا يكون للمصالح شئ بين ما اذا كان مقرا أو منكرا لانه يصير متبرعا عليه بهذا العقد فصار كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما لو كان المدعى عينا والمدعى عليه مقرا فانه يصير مشتريا لنفسه ان كان بغير أمره لان العين يصح شراؤه من المالك وان كان فى يد غيره فاما شراء الدين من صاحبه لا يجوز لانه يصير تمليك الدين من غير من عليه الدين (قوله ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف) هذا اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم بل ينفذ ههنا على المصالح

الوجه الاول فانه اذا صالح وضمن تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفى حق البراءة الاجنبى والخصم سواء لان الساقط يتلاشى ومثله لا يختص باحد فصلح أن يكون أصيلا فى هذا الضمان اذا أضافه الى نفسه كالفضولى بالخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعى عليه لا يرجع عليه بشئ كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره فانه يرجع ولا يكون لهذا المصالح شئ من المدعى أى لا يصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وان كان المدعى عليه مقرا وانما يكون ذلك للذى فى يده يعنى فى ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شئ فاى شئ يثبت له بعد ذلك ولا فرق فى هذا أى فى أن المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم مقرا أو منكرا أما اذا كان منكرا فظاهر لان فى زعمه ان لا شئ عليه

وزعم المدعى لا يتعدى اليه وأما اذا كان مقرا فبالصلح كان ينبغى ان يصير المصالح مشتريا ما فى ذمته لم بما أدى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه الدين وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا فان المصالح يصير مشتريا لنفسه اذا كان بغير أمره لان شراء الشئ من مالكه صحيح وان كان فى يد غيره ووجه الوجوه الباقية مذكور فى المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحنى على ألف ينفذ على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان فانه فيه يقف على اجازة المدعى عليه فان أجاز جاز وان رد بطل وهذا وجه آخر غير ما ذكر فى

لم يسلم له لم يرجع عليه بشئ بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت أو وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه أصيلا فى حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله والله أعلم بالصواب

(باب الصلح فى الدين)

(وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر ألف جياد فصالحه على

بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل من تتمة تأويله ومقصود منه تعميم جواب المسئلة لكل ما لم يكن الصلح عن مال بمال بطريق المفهوم كانه قال وفيما سوى ذلك لا ترجع الحقوق الى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر فى جواب المسئلة وفائدته التنبيه على أن ما ذكره فى ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين انما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجريانه قطعا فى غير ذلك كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضا كالنكاح والخلع وغيرهما واذ قد تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الانكار فى جواب هاتيك المسئلة وان كان الصلح فى المعاوضات اذ قد تحقق فيما مر أن الصلح على الانكار فى حق المدعى عليه انما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة وانما هو معاوضة فى حق المدعى وانه يجوز أن يختلف حكم العقد فى حقهما فلم يكن الصلح على الانكار فى حق المدعى عليه وان كان الصلح فى المعاوضات صلحا عن مال بمال وقد أشار اليه فى المبسوط بقوله لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال ولا يخفى أن ما نحن فيه هو الوكالة من قبل المدعى عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر تفكر

(باب الصلح فى الدين)

(قوله وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه) أقول فيه كلام وهو ان كلية ذلك بالنظر الى قوله لم يحمل على المعاوضة مسلمة وأما بالنظر الى قوله وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فممنوعة لان ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل حقه قدرا ووصفا كما اذا كان عليه ألف درهم جياد فصالح عن ذلك على ألف درهم جياد يحمل على استيفاء عين حقه صرح به فى كثير من المعتبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما وليس فيه اسقاط شئ قط وعن هذا قال فى الوقاية وصلحه على بعض من جنس ماله عليه أخذ لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة اه ويمكن أن يعتذر عما فى الكتاب بانه خارج مخرج العادة فان المعتاد أن يكون الصلح على أقل من المدعى لا على مثله بناء على عدم الفائدة فى عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغى أن يزاد فى لفظ الرواية قيدا آخر وهو أن يقال وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على

وانما توقف فى قوله صالح فلانا وفى الذخيرة اذا صالح الرجل عن المدعى عليه بغير أمره لا يخلو اما ان قال المصالح صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان وفى هذا الوجه يوقف الصلح على اجازة المدعى عليه ولا ينفذ لا على المصالح ولا على المدعى عليه وان رد المدعى عليه بطل وان أجاز جاز وكان المطالب بالمال هو المدعى عليه وان قال المصالح صالحنى وكذلك اذا قال صالح فلانا على ألف من مالى وكذلك صالح فلانا على ألف على انى ضامن ففى هذه الاوجه ينفذ الصلح على المصالح ولا يرجع بالمال على المدعى عليه ولا يصير المدعى به مملوكا وأما اذا قال صالحتك على ألف درهم ولم يزد على هذا اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا هو نظير قوله صالحنى وقال بعضهم هو نظير قوله صالح فلانا والله أعلم بالصواب

(باب الصلح فى الدين)

(قوله وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة) أى اذا كان بدل الصلح من

الكتاب ذكره فى الذخيرة وباقى كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم

(باب الصلح فى الدين)

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر فى هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص أبدا يكون بعد العموم قال (وكل شئ وقع عليه الصلح) بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه (بعقد المداينة لم يحمل) الصلح (على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقى) وقيد بعقد المداينة وان كان حكم الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح (كمن له على آخر ألف درهم جياد حالة من ثمن متاع باعه (فصالحه على

(قوله فصلح أن يكون أصيلا فى هذا الضمان) أقول فيه شئ والظاهر أن يقول فى هذا الصلح (قوله صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان) أقول يعنى فلانا الاول ولو قال من دعواك عليه لكان أبعد عن التشويش

(باب الصلح فى الدين)

خمسمائة وكمن له على آخر ألف درهم جياد فصالحه على خمسمائة زيوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا للبعض فى المسئلة الاولى وللبعض والصفة فى الثانية ولو صالح عنها على ألف مؤجلة صح) و يحمل على التاخير الذى فيه معنى الاسقاط لان فى جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربا فان لم يمكن حمله على اسقاط الباقى كما اذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على التاخير فتعين جعله معاوضة اذ التصرف فى الديون فى مسائل الصلح لا يخرج عن أحد هذين الوجهين (٣٩٦) وفى ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز (وكذا اذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة) فانه لا يمكن حمله على الاسقاط (لان المعجل) لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاؤه استيفاء لبعض حقه وهو (خير من النسيئة) لا محالة فيكون خمسمائة فى مقابلة خمسمائة مثله من الدين (و) صفة (التعجيل فى مقابلة الباقى وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام) روى أن رجلا سأل ابن عمر رضى الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد أن أطعمه الربا وهذا لان حرمة ربا النساء ليست الا لشبهة مبادلة المال بالاجل فحقيقة ذلك أولى بذلك (ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ولو كانت بالعكس جاز) والاصل ان المستوفى اذا كان أدون من حقه فهو اسقاط كما فى العكس وان كان أزيد قدرا أو وصفا فهو معاوضة (لان الزيادة غير مستحقة له) فلا يمكن جعله استيفاء (فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا) فان قيل اذا كان حقه ألف درهم نبهرجة فصالحه على ألف درهم [2] بخية نقد بيت المال فهو أجود من النبهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة أجاب ولو

خمسمائة زيوف جاز وكأنه أبرأه عن بعض حقه) وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا للبعض فى المسئلة الاولى وللبعض والصفة فى الثانية (ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق) لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير (ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز) لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز) لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام (وان كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز) لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهى زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا أنه يشترط القبض فى المجلس

بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وانما قلنا ذلك لانه اذا أمكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة وان كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظر ان كان مؤجلا بطل الصلح والا فلا ألا ترى أنه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية الى أجل لا يجوز والبخية اسم لما هو أجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجز فى هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل اه كلامه (أقول) فيه بحث لان قوله فى رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف فان ما يمكن حمله على بيع الصرف عند أهل الشرع مما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كله الامثلة المذكورة فى المسائل وأدلتها المفصلة فيه وأما المثال الذى ذكره بقوله ألا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية الى أجل لا يجوز فبمعزل عما نحن فيه بمراحل لانه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف أما الاول فلان البخية أجود من السود ففيها زيادة وصف وهى غير مستحقة بعقد المداينة بالسود وانما المستحق به السود لا غير وأما الثانى فلان الاجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجز فى هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل (قوله وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا) أقول لقائل أن يقول انما يفضى الى الربا لو جعل المصالح عليه وهو خمسمائة

جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه بعقد مداينة جرت بينهما كان الصلح استيفاء لبعض حقه واسقاطا للبعض لا معاوضة وانما قال وهو مستحق بعقد المداينة والحكم فى الغصب والاتلاف كذلك لان الاصل هو الواجب بالسبب المشروع فلذلك وضع المسئلة فيه (قوله اعتياض عن الاجل وهو حرام) وهذا لان الاجل

بقوله (وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا أنه يعتبر القبض فى المجلس) وحاصله أن الجودة اذا وقعت فى مقابلة مثل كان ربا كالمسئلة الاولى فانها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربا وأما اذا لم يقع فذلك صرف والجيد والردىء

(قوله فيحمل على التاخير) أقول بالنصب (قوله كما فى العكس) أقول ناظر الى قوله ولو كانت بالعكس

[2] بخية بتشديد الخاء والياء نسبة الى بخ أمير ضرب بها وانظر اللسان كتبه مصححه

فيه سواء يدا بيد (ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح لانه أمكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الامائة) ان كانت حالة واسقاطا لذلك (وتاجيلا للباقى) ان كانت مؤجلة (تصحيحا للعقد أو لان معنى الاسقاط فيه ألزم) لان مبنى الصلح على الحطيطة والحط ههنا أكثر فيكون الاسقاط ألزم من معنى المعاوضة قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أد الى غدا منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء قيل معناه فقبل (٣٩٧) فهو برىء فى الحال ويجوز أن يكون معناه فادى اليه ذلك غدا فهو برىء من الباقى فان لم يدفع اليه غدا خمسمائة عاد الالف كما كان فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق اذ ليس فيه ما يقيده ألا ترى انه جعل أداء خمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهى على والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شئ لم يكن فجرى وجوده أى وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه فبقى الابراء مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدأ بالابراء بان قال أبرأتك عن خمسمائة من الالف على أن تؤدى غدا خمسمائة ولهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفواته أى عند فواته فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الاصلى وموضعه أصول الفقه

(قوله ففعل فهو برىء قيل معناه فقبل الخ) أقول فالفعل مجاز عن التزامه فى

ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو الى شهر صح الصلح لانه أمكن أن يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الامائة وتاجيلا للباقى فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد أو لان معنى الاسقاط فيه ألزم قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال أد الى غدا منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه) لانه ابراء مطلق ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهى للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقى الابراء مطلقا فلا يعود

عوضا عن مجموع الالف المدعى وأما اذا جعل عوضا عما يساويه من بعض المدعى وهو الخمسمائة بناء أن الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فلا افضاء الى الربا فما بالهم حملوا الصلح فى مثل ذلك على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ولم يحملوا على أنه صارف بعض حقه وأسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض فى المجلس وجوزوا التاجيل فتامل فى الجواب (قوله ومن له على آخر ألف درهم فقال أد الى غدا منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء) قال صاحب العناية قيل معناه فقبل فهو برىء فى الحال ويجوز أن يكون معناه فادى اليه ذلك غدا فهو برىء من الباقى اه (أقول) لا يذهب على الفطن ان قوله فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد اليه الالف يابى المعنى الثانى ويناسب المعنى الاول لان عود الالف اليه يقتضى تحقق البراءة عنه أولا لكن يمكن توجيهه على المعنى الثانى أيضا بانه لا شك ان البراءة الموقوفة على أداء الخمسمائة اليه غدا متحققة أولا وان لم تتحقق البراءة المقطوعة الا باداء ذلك اليه غدا ففيما اذا لم يدفع ذلك اليه غدا يصح أن يقال عاد اليه الالف نظرا الى تحقق البراءة الموقوفة من قبل فان نصف الالف قد خرج من ملكه وجاء موقوفا على أداء نصفه الآخر اليه غدا فاذا لم يؤد اليه ذلك غدا عاد اليه الالف كما كان وأما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان كما فعله بعض الفضلاء فمما لا تقبله الفطرة السليمة (قوله ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهى للمعاوضة) قلت الباء فى بكلمة على فى قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما فى قولك بعت هذا بهذا فالمعنى حيث ذكر أداء الخمسمائة بمقابلة كلمة على التى للمعاوضة فلا حاجة الى ما تمحل به بعض الفضلاء فى توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال أى فى المعنى والا ففى اللفظ دخل كلمة على فى الابراء دون الاداء اه فكأنه حمل الباء على الالصاق فاخذ منه الدخول فى الاداء فاحتاج الى التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك (قوله والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه) قال صاحب العناية فى شرحه والاداء لا

صفة كالجودة والاعتياض عن الجودة لا يجوز فكذا عن الاجل ألا ترى ان الشرع حرم ربا النسيئة وليس فيه الا مقابلة المال بالاجل شبهة فلان يكون مقابلة المال بالاجل حقيقة حراما أولى والاصل فيه ان الاحسان متى وجد من الطرفين يكون محمولا على المعاوضة كهذه المسئلة فان الدائن اسقط من حقه خمسمائة والمديون أسقط حقه فى الاجل فى الخمسمائة الباقية فيكون معاوضة بخلاف ما اذا صالح من ألف على خمسمائة فانه يكون محمولا على اسقاط بعض الحق دون المعاوضة لان الاحسان لم يوجد الا من طرف رب الدين (قوله أو لان معنى الاسقاط فيه ألزم) لان الصلح عبارة عن الحطيطة والحط فى هذا أكثر فيكون معنى الاسقاط فيه ألزم (قوله لكونه مستحقا) عليه أى قبل الصلح بحكم المداينة والعوض ما يجب بالشرط وأداء الخمسمائة غدا كان واجبا

الدين (قوله ويجوز أن يكون معناه الى قوله عاد الالف) أقول فيكون العود مجازا عن البقاء كما كان الا أن مقتضى كلمة عاد هو المعنى الاول ويدل عليه ما سيذكره فى الفرق بين التعليق والتقييد (قوله حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهى على) أقول أى فى المعنى والا ففى اللفظ دخل كلمة على فى الابراء دون الاداء (قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شئ) أقول فيه شئ بل يستفاد به البراءة والاظهر لم يستفد بشئ ثم قوله والاداء مستحق عليه معنا فى كل وقت (قوله فجرى وجوده أى وجود جعل الاداء الخ) أقول الاولى أن يقال المراد وجوده لفظا

وانما قلنا انه مقيد بالشرط لانه بدأ باداء خمسمائة فى الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه أو توسلا الى تجارة أربح فصلح أن يكون شرطا من حيث المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكن تحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه فان فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فتحمل على الشرط تصحيحا التصرفه وكانه منهما اقول بموجب العلة أى سلمنا أنه لا يصح

كما اذا بدأ بالابراء ولهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة فى الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه وتوسلا الى تجارة أربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهى محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا التصرفه أولانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به

يصلح عوضا لان حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شئ لم يكن اه ورد عليه بعض الفضلاء قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شئ لم يكن حيث قال فيه شئ بل يستفاد به البراءة (أقول) ليس هذا بشئ لان مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالاداء شئ فى جانب الدائن والبراءة انما تستفاد فى جانب المديون وحد المعاوضة أن يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها فاذا لم يستفد فى جانب الدائن شئ لم يتحقق حد المعاوضة فتم المطلوب (قوله أولانه متعارف) قال صاحب العناية قوله أولانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعنى ان حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط فى الصلح متعارف (أقول) فيه نظر لان المعنى الثانى لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط لانها لما كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها مالم يوجد بينهما علاقة المجاز ولا يخفى أن كون مثل هذا الشرط فى الصلح متعارفا لا يجدى مناسبة بين ماوضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للمجاز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط فى معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجوز نعم يكون المعنى الثانى علة مرجحة للتجوز بعد ان ثبتت العلة المصححة له لكن الكلام فى كونه علة مستقلة لحملها على المجاز وذلك لا يتصور الا بكونه علة مصححة للتجوز كالاول وليس فليس ثم أقول الاقرب أن يكون قوله أولانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحيحا التصرفه وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون معطوفا على ماذكره صاحب العناية فمعنى كلام المصنف فتحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل أولان مثل هذا الشرط فى الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيحا التصرفه وقوله أولانه متعارف بيانا للعلة المرجحة للعمل على المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى (قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به

قبل الشرط فلم يصح الشرط لعدم الفائدة فبقى الابراء مطلقا والدليل على ان النقد لا يصلح عوضا ماقال أصحابنا رحمهم الله فيمن باع عبدا من آخر بالف درهم على ان ينقده الثمن فى اليوم أو الى ثلاثة أيام لا يصير النقد عوضا حتى اذا لم ينقد الثمن فى الوقت المذكور لا يبطل البيع لان النقد كان واجبا فلم يصح ان يكون عوضا عن البيع كذا هذا (قوله كما اذا بدأ بالابراء) بان قال ابرأتك عن خمسمائة من الالف على ان تعطينى خمسمائة غدا (قوله ولهما الى آخره) يعنى ان الابراء لم يثبت مطلقا بل مقيدا بشرط وهذا لان قوله على انك برئ مخرج مخرج الاعواض كقوله ابرأتك على كذا أو صالحتك على كذا فيكون هذا منه ابراء بازاء تعجيل خمسمائة غدا وما يقابله الابراء وهو أداء خمسمائة غدا وان لم يصلح عوضا للابراء يصلح شرطا لان تعجيل بعض المال قد يرغب فيه حذرا عن فوت الكل عند افلاسه أو توسلا الى تجارة أربح منه وقد بدأ بالاداء ثم أعقبه بالابراء وما وجد الابراء لا والاداء مقرون به ولا يصلح عوضا ويصلح شرطا فيتقيد به (قوله فهى محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه) بيان مجوز الاستعارة وهو ان فى المعاوضة مقابلة العوض بالمعوض وفى الشرط مقابلة الشرط بالمشروط فجاز ان تستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه (قوله أولانه متعارف) يعنى ان لجواز استعمال

أن يكون مقيدا بالعوض لكن لا ينافى أن يكون مقيدا بوجه آخر وهو الشرط (قوله أولانه متعارف) معطوف على قوله لوجود المقابلة يعنى أن حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط فى الصلح متعارف بان يكون تعجيل البعض مقيد الابراء الباقى والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فصار كما لو قال ان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا (قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق به) جواب عما يقال تعليق الابراء بالشرط مثل ان يقول لغريمه أو كفيل اذا أديت أو متى أديت أو ان أديت الى خمسمائة فانت برئ من الباقى باطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه انهما متغايران لفظا ومعنى أما لفظا فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك وأما معنى فلان فى التقييد به الحكم ثابت فى الحال على عرضية ان يزول ان لم يوجد الشرط وفى التعليق به الحكم غير ثابت فى الحال وهو بعرضية ان يثبت عند وجود الشرط والفقه فى ذلك ان فى الابراء معنى الاسقاط والتمليك أما الاول كما

(قوله يعنى ان حمل كلمة على الى قوله متعارف) أقول تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثانى بدون الاول والاقرب أن يجعل عطفا على قوله تصحيحا لتصرفه

كما فى الحوالة وستخرج البداءة بالابراء ان شاء الله تعالى

كما فى الحوالة) قال صاحب العناية قوله كما فى الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعنى أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل اه (أقول) لا يخفى على ذى مسكة ان جعل قوله كما فى الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الجمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المجال الواضح لجعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والابراء انما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية فى شرح قوله كما فى الحوالة يعنى ان البراءة مما يتقيد كالحوالة لان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافى فى تقرير هذا المقام والابراء يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل اه وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحدا ذهب الى كون قوله كما فى الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية والعجب منه أن ما صوره من المعنى لا يساعد ماذهب اليه بل يناسب خلاف ذلك فانه قال يعنى انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة انما يناسب كون قوله كما فى الحوالة متعلقا بقوله والابراء مما يتقيد بالشرط وانما المساعد لما ذهب اليه أن يقال يعنى أن الابراء لما كان فائتا بفوات الشرط

مثل هذا الشرط فى الصلح معنيين أحدهما ان تكون كلمة المعاوضة وهى كلمة على مستعارة للشرط لوجود معنى المقابلة بين الشرط والجزاء والثانى كون مثل هذا الشرط متعارفا فيه والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به والفرق بين التقييد بالشرط والتعليق به ثابت لفظا ومعنى أما لفظا فهو ان فى التقييد بالشرط لا يستعمل لفظ الشرط كان واذا ومتى وأما معنى فان فى تقييد الابراء بالشرط يحصل الابراء فى الحال بشرط وجود ماقيد به حتى اذا لم يوجد المقيد يعود الدين وأما فى تعليق الابراء بالشرط لا يوجد الابراء أصلا فى الحال لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وذلك لان التقييد بوقت بمنزلة الاضافة الى ذلك الوقت والاضافات أسباب فى الحال بخلاف التعليق حتى ان من حلف لا يطلق امرأته فاضاف الطلاق الى الغد فقال أنت طالق غدا يحنث فى يمينه ولو علق طلاقها بمجئ الغد فقال أنت طالق اذا جاء غد لا يحنث ولا يقال كلمة على دخل البراءة دون الاداء فكيف يكون الاداء شرطا للبراءة وما دخل عليه كلمة على هو الشرط كما فى قوله أنت طالق على ألف أنت حر على ألف وكقوله تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيأ لانا نقول دخولها على البراءة بمنزلة دخولها على الاداء بحكم المقابلة الثابتة بينهما وعدم انفكاك كل واحد منهما عن الآخر وهو نظير مامر فى الخلع من هذا الكتاب ما اذا قالت المرأة لزوجها طلقنى ثلاثا على ألف درهم فطلقها واحدة فلا شئ عليها عند أبى حنيفة رحمه الله لانها صارت طالبة للثلاث بكلمة الشرط فصار كل واحد منها شرطا لصاحبه وصار بحكم الاتحاد دخولها على المال مثل دخولها على الطلاق (قوله كما فى الحوالة) فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وفى الفوائد الظهيرية لهما ان هذا حط بعوض وقد فات فيبطل الحط كما لو حط بشرط ان يعطيه بالباقى رهنا أو كفيلا فلم يعطه وبيان ان هذا حط بعوض انه حط خمسمائة بشرط ان ينقد خمسمائة فى الغد ونقد خمسمائة فى الغد يصلح عن الحط لان الطالب ينتفع به كما هو المعروف وما قال أبو يوسف رحمه الله ان النقد لا يصلح عوضا عن الحط لان النقد كان واجبا قبل الحط قلنا النقد قبل الحط كان واجبا فى المداينة وبعد الشرط جعل عوضا عن الحط فيعتبر واجبا مرة أخرى ليصير عوضا عن الحط فيبطل الحط بفواته اذ الثابت مرة يعتبر ثابتا مرة أخرى اذا أفاد اعتباره ثابتا مرة أخرى بدليل أن من ظاهر من امرأته مرارا صح لما ان اثباته مرارا يفيد شيأ وهو وجوب الكفارة فكذلك ههنا النقد يعتبر واجبا مرة أخرى ليصير عوضا عن الحط لفواته (قوله وستخرج البداءة بالابراء) وهو الوجه

فلانه لا تتوقف صحته على القبول كما فى الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص وأما الثانى فلانه يرتد بالرد كما فى سائر التمليكات وتعليق الاسقاط المحض جائز كتعليق الطلاق والعتاق بالشرط وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام والابراء له شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التمليك وذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك ان لم يكن ثم حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما مر (قوله كما فى الحوالة) متعلق بقوله فيفوت بفواته يعنى أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقوله (وستخرج البداءة بالابراء) وعد بالجواب عما قال أبو يوسف كما اذا بدأ بالابراء واذا تأملت ماذكرت لك فى هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية فى حصر الوجوه على خمسة ان وجوب الدين فى تعليق الابراء باداء البعض لا يخلو اما ان بدأ بالاداء أولا فان بدأ به فلا

قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه أحدها ماذكرناه والثانى اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وأنت برىء من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله وجوابه أن الامر على ماقال لانه أتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال أبرأتك من خمسمائة من الالف على أن تعطينى الخمسمائة غدا والابراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أولم يعط لانه أطلق الابراء أولا وأداء الخمسمائة لايصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك فى تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف مااذا بدأ بأداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لايصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال أد الى خمسمائة على أنك برىء من الفضل ولم يؤقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يؤقت للاداء وقتا لايكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه فى مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا

كان كالحوالة فانها تفوت بفوات شرط السلامة على أن فوات الشىء بفوات الشرط فرع لصحة تقيد ذلك الشىء بالشرط وليس باصل مستقل فى الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما فى الحوالة بذلك دون أصله تبصر ترشد (قوله قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه) قال صاحب النهاية أى وجوه خمسة فوجه الحصر فيها هو أن رب الدين فى تعليق الابراء باداء بعض الدين لايخلو اما ان بدأ بالاداء أم لا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقاء الباقى على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أم لا فان لم يذكره فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثانى وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان بدأ بالابراء أم لا فان بدأ فالوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو اما ان بدأ بحرف الشرط أم لا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فالوجه الخامس اه كلامه وهكذا ذكر وجوه الحصر فى العناية أيضا نقلا عن صاحب النهاية (أقول) فيه اشكال أما أولا فلانه جعل الوجه الثانى قسما مما بدأ بالاداء مع انه لم يبدأ فيه بالاداء بل بدأ فيه بالمصالحة وأما ثانيا فلانه جعل الوجه الرابع قسما مما لم يبدأ بالاداء مع انه بدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية أما عن الاول فبأن يقال ان البدء فى الوجه الثانى وان لم يكن بالاداء صورة لا أنه كان به معنى لان حاصل معناه أد الى غدا خمسمائة من الالف وأنت برىء من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله فالمراد بان بدأ بالاداء ان بدأ به فيما يتم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها ولا يخفى أن الوجه الثانى يتم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه وأما المصالحة فانما ذكرت فيه لمجرد التفصيل والايضاح وأما عن الثانى فبأن يقال ليس المراد بالبدء بالاداء فى وجه الحصر البدء بالاداء المطلق بل المراد به البدء بالاداء المؤقت ولا يخفى انه لم يبدأ فى الوجه الرابع بالاداء المؤقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم وأجاب بعض الفضلاء عن الاشكال الاول بوجه آخر حيث قال فان قيل لم يبدأ فى الوجه الثانى بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبنى على اتحاده مع مابدئ فيه بالاداء حكما فليتأمل انتهى (أقول) ليس هذا الجواب بشىء لان اتحاده مع مابدئ فيه بالاداء حكما لا يقتضى ولا يجوز جعله مما بدئ فيه بالاداء اذ الاتحاد فى الحكم لا يستلزم الاتحاد فى الذات ولا فى الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثانى مما بدئ فيه بالاداء بناء على اتحاده فى الحكم مع مابدئ فيه بالاداء وهو الوجه الاول لجاز جعل مالم يذكر معه بقاء الباقى على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد فى الحكم أيضا فلم يظهر وجه لجعل الوجه الاول والوجه الثانى قسمين مستقلين (قوله بخلاف مااذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا) أقول فيه بحث

الثالث المذكور بعد هذا وفيه الغذر لما قاس عليه أبو يوسف رحمه الله بقوله كما اذا بدأ بالابراء (قوله وأداء الخمسمائة لايصلح عوضا مطلقا) لان العوض مالا يكون حاصلا له وههنا أداء الخمسمائة حاصل لانه واجب عليه بدون ابراء بعضه (قوله فوقع الشك فى تقييده) أى فى تقييد الابراء بالشرط بعد ما أطلق الابراء لان أداء

يخلوا ما أن يذكر معه بقاء الباقى على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أولا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فهو الوجه الثانى وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلوا ما ان بدأ بالابراء أولا فان بدأ به فهو الوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو اما ان بدأ بحرف الشرط أولا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فهو الخامس أما الوجه الاول فقد ذكرناه وللوجه الثانى ظهر مما تقدم والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبنى على أن الثابت أولا لا يزول بالشك فاذا قدم الابراء حصل مطلقا ثم بذكر مابعده وقع الشك لانه ان كان عوضا فهو باطل لما تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا يقيد به وزال الاطلاق فاذا وقع الشك لم يبطل به الثابت اولا وفى عكسها عكس ذلك والرابع وجهه انه اذا لم يؤقت للاداء وقتا ظهر أن أداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجبا فى مطلق الازمان فلا يصلح ان

(قوله وان ذكره فهو الوجه الثانى) أقول فان قيل لم يبدأ فى الوجه الثانى بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبنى على اتحاده مع مابدئ فيه بالاداء حكما فليتأمل (قوله فان لم يبدأ فالوجه الرابع) أقول فيه بحث لان الوجه الرابع مما بدئ فيه بالاداء فكيف يجعل قسما مما لم يبدأ به لا يقال جعله قسما منه بناء

بخلاف

بخلاف ماتقدم لان الاداء فى الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان أديت الى خمسمائة أو قال اذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البرا آت بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى ترتد بالرد بخلاف ماتقدم لانه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال (ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عنى أو تحط عنى ففعل جاز عليه) لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا أما اذا قال علانية يؤخذ به

(فصل فى الدين المشترك) قال (واذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذى عليه الدين بصفة وان شاء أخذ نصف الثوب

لان هذا وان أفاد الفرق بين الوجهين الا انه ينافى ما تقرر فى التعليل المذكور من قبل ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله فى الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك لا يثبت الشرط به أيضا فيلزم أن لا يثبت تقييد الابراء بالشرط فى ذلك الوجه اذ لم يثبت تقييده به أولا هنالك كما ثبت اطلاقه أولا فى الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك بل ان أخذ التقييد هنالك فانما يؤخذ من مقارنة الابراء بالاداء واذا كان الاداء مترددا بين ما يقتضى الاطلاق وما يقتضى التقييد كما ذكره ههنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت وقد جزم فى التعليل المذكور هنالك من قبلهما بكون الابراء مقيدا بالشرط فى ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فليتأمل فى التوفيق *(فصل فى الدين المشترك)* أخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد (قوله

الخمسمائة ان صلح مقيدا من حيث انه يصلح شرطا لا يصلح مقيدا من حيث انه يصلح عوضا فوقع الشك فى التقييد فلا يثبت بالشك بخلاف مااذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقيدا باداء خمسمائة وباعتبار صلاحيته شرطا لا عوضا وقع الشك فى اطلاق الابراء فلا يثبت الاطلاق بالشك وفى المسئلة الرابعة الابراء مطلق لان اداء الخمسمائة لا يصلح عوضا وكذا لا يصلح غرضا صحيحا مالم يقيده بزمان معين فيلغو ذكره وفى المسئلة الخامسة لا يصح الابراء لان تعليق البراءة بالشرط الصريح باطل وهذا لان الابراء اسقاط حتى لا يتوقف على القبول وفيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتعليق التمليك بالشرط كالبيع ونحوه لا يجوز وتعليق الاسقاط بالشرط كالعتاق والطلاق جائز ففى الابراء المشتمل على المعنيين قلنا يصح اذا لم يصرح بالشرط ولا يصح اذا صرح بالشرط عملا بالشبهين (قوله جاز) أى التأخير والحط على رب المال (قوله ليس بمكره) لانه يمكنه دفع هذا باقامة البينة او الاستحلاف لينكل ألا ترى ان الصلح على الانكار يجوز ولا يتحقق فيه معنى الانكار لما قلنا الا ان فيه نوع اضطرار وذا لا يمنع نفاذ التصرف كشراء الطعام بثمن غال عند المجاعة أو بيع عين من اعيان ماله بطعام ليأكله كان تصرفه نافذا وان كان مضطرا فيه فكذلك اذا اخر او حط مضطرا والله أعلم

(فصل فى الدين المشترك) (قوله واذا كان الدين بين الشريكين) وضع المسئلة فى الدين لان فى العين بين الشريكين اذا صالح أحدهما من نصيبه على شىء لم يشرك الآخر فيه وذكر فى باب الصلح فى الغصب من صلح المبسوط ولو ان رجلين ادعيا فى دار دعوى ميراث عن أبيهما فصالح أحدهما على مال لم يشركه الآخر فيه سواء كان المصالح منكرا أو مقرا الا انهما يتصادقان على أن المدعى ملكهما وأن المصالح مانع لنصيبه وتصادقهما يكون فى حقهما (قوله فصالح أحدهما من نصيبه) قيد بالمصالحة لانه اذا اشترى احدهما بنصيبه سلعة لم يشرك الآخر فيها على ما يجىء فى الكتاب وقيد بالمصالحة على ثوب ليستقيم ماذكره من حكم الخيار للقابض وهو قوله الا ان يضمن له شريكه ربع الدين (قوله وان شاء أخذ نصف الثوب) لان له حق المشاركة فان قيل ينبغى أن لا يكون له حق المشاركة فى الثوب لان الصلح على خلاف جنس الحق يكون معاوضة وفى المعاوضة المحضة لا سبيل للشريك على الثوب كذا هنا قلنا قد ذكر فى مبسوط خواهر زاده ان الصلح على خلاف جنس الحق شراء فى عامة الاحكام استيفاء لعين الحق فى بعض الاحكام وأما المعاوضة المحضة فليست باستيفاء لبعض الحق بوجه ما ويظهر هذا فى مسائل منها اذا صالح من الدين على عبد وصاحبه مقر بالدين وقبض العبد ليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ولو كان مكانه شراء له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تصادقا على أن لا دين يبطل

والخامس تعليق وقد تقدم ان الابراء لا يحتمله فلا يكون صحيحا (ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك على حتى تؤخره عنى أو تحط عنى بعضه ففعل) أى أخر أو حط (جاز عليه) أى نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة فى الحال ان أخر وأبدا ان حط (لانه ليس بمكره) لتمكنه من اقامة البينة أو التحليف لا يقال هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يقر لان تصرف المضطر كتصرف غيره فان من باع عينا بطعام لا كله لجوع قد اضطر به كان بيعه نافذا (ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ) المقر (بجميع المال) فى الحال *(فصل فى الدين المشترك)* أخر بيان حكم الدين المشترك عن الدين المفرد لان المركب يتلو المفرد قال (واذا كان الدين بين الشريكين الخ) اذا كان الدين بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذى عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريك الا أن يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه فى اتباع الغريم أو شريكه

على انه لا يتغير الجواب اذا لم يبدأ به بل بدئ بالابراء لان الوجه الثانى أيضا كذلك كما يظهر من جامع التمرتاشى والله أعلم *(فصل فى الدين المشترك)* (قوله بنصفه) أقول يعنى

القابض وأصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما منه شيئا فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرهما
لان الدين ازداد خيرا بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة
فى ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين (٤٠٢) بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض فى المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين
التصرف فى الولد والثمرة بغير اذن الآخر أجاب بقوله لكنه أى المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه و يضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بانه الذى يكون واجبا بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة بان كان لكل منهما عين على حدة فباعا صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة

أقول اشارة الى أن الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار قال صاحب النهاية والاتقانى الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار اه والظاهر من تقرير الكافى انه استثناء من قوله ان شاء أخذ منه نصف الثوب فانه قال اذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما بنصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء أخذ منه نصف الثوب الا أن يضمن له شريكه ربع الدين وان شاء اتبع غريمه بنصف الدين اه فتأمل فى الترجيح وفى الكفاية استثناء من قوله ان شاء أخذ نصف الثوب فان الشريك اذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية الشركة فى الثوب ويجوز انه يكون من قوله ان شاء اتبع الذى عليه الدين بنصفه فان الشريك اذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والاحسن أن يكون من قوله فشريكه بالخيار الا اذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة اه قال المصنف (وله حق المشاركة) أقول الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق فى الولد والثمرة حقيقتها لا حقها

الا أن يضمن له شريكه ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه و يضمن لشريكه حصته والدين المشترك يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما

وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيأ منه فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض) قال فى النهاية وأما اذا أخذ بمقابلة نصيبه ثوبا فليس لصاحبه أن يشاركه فى المقبوض بل الخيار للقابض على ماذكرنا من تنصيص رواية المبسوط واشارة رواية الكتاب انتهى أقول) فلقائل أن يقول اذا كان قبض أحد الشريكين فى الدين شيأ من الدين مخالفا لاخذ أحدهما ثوبا بمقابلة نصيبه فى حكم المشاركة فى المقبوض لم يتحقق اتحاد فى الحكم بين مسئلة ما اذا قبض أحد الشريكين فى الدين شيأ من الدين و بين مسئلة الكتاب فلم يظهر لجعل الاولى أصلا للثانية كما فعله المصنف وغيره جهة حسن وانما يظهر حسن ذلك فيما اذا صالح أحدهما من نصيبه على دراهم أو دنانير كما ذكرت هذه الصورة أيضا فى المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك (قوله وله حق المشاركة) قال بعض الفضلاء الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق فى الولد والثمرة حقيقتها لا حقها انتهى (أقول) بل الحق اقحام لفظ الحق لان الضمير فى وله عائد الى صاحب الشريك القابض فى الدين المشترك لا الى أحد الشريكين فى كل شئ وليس له حقيقة المشاركة فى المقبوض والا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة وانما له حق المشاركة فيه فلو أسقط لفظ الحق ههنا عسى يتوهم أن يكون له حقيقة المشاركة كما فى الولد والثمرة فاقحم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم (قوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه) قال الشراح قاطبة هذا استدراك جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض فى المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف فى الثمرة والولد بغير اذن الآخر (أقول) نعم كذلك لكن يرد عليه أنه وان تم جوابا عن ذلك السؤال الا أنه مناف لما تقرر آنفا من أن لصاحبه حق المشاركة فى المقبوض لانه لما قال فى تعليله لان العين غير الدين علم منه ان ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشتركا فيه لا عينه ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه أن ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما انه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة

الصلح ولو تصادقا على أن لا دين لا يبطل الشراء ولو ادعى دارا فى يد انسان انها له فجحد ثم صالحه على أنه اشترى الدار من المدعى بامة له كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة بقيمة الامة ولو صالحه عن الدار على أمة بعد ما جحد الدار لا يصير مقرا له ولا يكون للشفيع الشفعة (قوله الا ان يضمن له شريكه ربع الدين) استثناء من قوله ان شاء أخذ نصف الثوب فان الشريك اذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية الشركة فى نصف الثوب و يجوز أن يكون من قوله ان شاء اتبع الذى عليه الدين بنصفه فان الشريك اذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والاحسن أن يكون من قوله فشريكه بالخيار الا اذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة (قوله اذا قبض أحدهما شيأ منه) أى بطريق الاستيفاء (قوله لانه ازداد بالقبض) لان للنقد مزية على النسيئة (قوله كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة) بان جمع اثنان عبدين لكل واحد منهما عبد وباعا صفقة واحدة فيكون ثمنهما على الاشتراك وان اختص كل واحد من العبدين باحدهما او ثمن المال المشترك بان باعا عبدا مشتركا بينهما صفقة واحدة والموروث

مستهلك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما اذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة و باع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بالف درهم ثم قبض أحدهما منه شيأ لم يكن للآخر أن يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغى أن لا يكتفى بقوله اذا كان صفقة واحدة بل ينبغى أن يزاد على هذا و يقال اذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا فى قدر الثمن وصفته لانهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض أحدهما منه شيأ لم يكن للآخر أن يشاركه فيه لان تفرق التسمية (٤٠٣) فى حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل ان للمشترى أن يقبل البيع فى نصيب أحدهما وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسمائة بخية ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن للآخر أن يشاركه فيما قبضه لان بالتسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما على الآخر وصفا ولعل المصنف انما ترك ذكره لانه شرط الاشتراك وهو فى بيان حقيقته ولما فرغ من بيان الاصل قال (اذا عرفنا هذا) ونزل عليه مسئلة الكتاب هذا اذا كان صالح على شئ ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشركه فيما قبض لما قلنا من الاصل ثم يرجعان بالباقى على الغريم لانهما لما اشتركا فى المقبوض لا بد من بقاء الباقى على ما كان من الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه الخ) ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين وليس الشريك مخيرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان فى صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملا أى من غير حطيطة واغماض لان مبنى البيع على المماكسة ومثله لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف الصلح لان مبناه على ذلك فلو ألزمناه فى الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرر فخير القابض كما ذكرنا من قوله الا أن يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب فى صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل هب أنه ملكه بعقده أما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضى الاشتراك فى المقبوض أجاب بقوله (والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين)

وقيمة المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا فنقول فى مسئلة الكتاب له أن يتبع الذى عليه الاصل لان نصيبه باق فى ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء أخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا أن يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه فى ذلك قال (ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقى) لانهما لما اشتركا فى المقبوض لا بد أن يبقى الباقى على الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين) لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب فى البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه و بين الدين

القابض فقط فكيف يتصور ان يثبت للشريك الساكت حق المشاركة فى المقبوض الذى ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلا عنه فتأمل ثم ان هذا يخالف لما ذكر فى شرح الاقطع فى تعليل قوله وان شاء أخذ نصف الثوب فى جواب مسئلة الكتاب بان قال لان الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لان قسمة الدين حال كونه فى الذمة لا تصح وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على اجازته وأخذه النصف دلالة على اجازة العقد فصح ذلك وجاز فان ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لان حقه فى الدين انتهى فان الظاهر منه أن يكون ما قبضه أحد الشريكين فى الدين بدلا من حقهما معا لا من حق القابض فقط (قوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه و بين الدين) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال هب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك وذلك يقتضى الاشتراك فى المقبوض فكيف تقولون لا سبيل للشريك على الثوب فى البيع فأجاب بان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضى ثبوت الثمن فى ذمة المشترى والاضافة الى الغريم من نصيبه عند العقد لا تنافى ذلك لان النقود عينا كانت أو دينا لا تتعين فى العقود كذا فى عامة الشروح قال صاحب النهاية بعد ذلك فان قيل فى هذا الجواب ورود سؤال آخر وهو ان قسمة الدين قبل القبض لا تصح وفى المقاصة بدين خاص يلزم قسمة الدين قبل القبض قلنا قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز قصدا أما ضمنا فجائزة وههنا وقعت قسمة الدين فى ضمن صحة الشراء كما وقعت فى المسئلة الاولى فى ضمن صحة المصالحة انتهى كلامه وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدر وجواب المصنف عنه واذا

بينهما بان مات مورثهما وله دين على رجل فورثاه (قوله لما قلنا) اشارة الى قوله لانه ازداد بالقبض (قوله فلو ألزمناه ربع الدين يتضرر به) يعنى لو ألزمنا المصالح ربع الدين يتضرر به لان الصلح مبناه على الحط بما كان المصالح عليه لا يبلغ قيمته الا ربع الدين فيتضرر به فيخير بين أن يدفع نصف المصالح عليه أو ربع الدين كما ذكرنا بخلاف ما اذا اشترى أحد الشريكين من المديون شيأ بحصته حيث كان له أن يضمنه ربع الدين لان مبنى البيع على المماكسة فالظاهر استيفاء حقه كملا فلا ضرر له فى ايجاب ربع الدين ثم لا سبيل للشريك على الثوب المبيع لانه ملكه بعقد البيع لا بسبب الدين لان عقد الشراء مثبت للملك بنفسه فيستغنى عن

(قوله أجاب بقوله والاستيفاء الخ) أقول فيه تأمل

يعنى ان الاستيفاء لم يقع بما هومشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضى ثبوت الثمن فى ذمة المشترى والاضافة الى ماعلى الغريم من نصيبه عند العقدان تحققت (٤٠٤) لاتنافى ذلك لان النقود عينا كانت أودينا لاتتعين فى العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت فى ضمن المعاقدة فلامعتبر بها وأما الصلح فليس يلزم به فى ذمة المصالح شئ تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه (وللشريك أن يتبع الغريم فى جميع ماذكرنا) من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لان حقه فى ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لايشاركه) لئلا ينقلب ماله عليه فانه خلف باطل (فلو سلم الساكت للقابض ماقبض ثم توى ماعلى الغريم له أن يشارك القابض) فى الفصول الثلاثة (لانه رضى بالتسليم ليسلم له مافى ذمة الغريم ولم يسلم) كما اذا مات المحال عليه مفلسا فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على أحد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فاقر بذلك لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لامقتض بناء على ان آخر الدينين قضاء عن أولهما اذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لايسبقه (ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقى على مابقى من السهام) حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأ أحد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة (ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبى يوسف) خلافا لهما قال صاحب النهاية ماذكره من صفة الاختلاف مخالف لماذكر فى عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبى يوسف

وللشريك أن يتبع الغريم فى جميع ماذكرنا لان حقه فى ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لايشاركه فلو سلم له ماقبض ثم توى ماعلى الغريم له أن يشارك القابض لانه رضى بالتسليم ليسلم له مافى ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لامقتض ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقى على مابقى من السهام ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبى يوسف اعتبارا بالابراء المطلق

ظهرت المقاصة اندفع مايتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت فى ضمن المعاقدة فلامعتبر بها انتهى (أقول) فى تحرير قول صاحب العناية قصور فانه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم انما نشأ من المقاصة اذ لو لم تتحقق المقاصة للزم الاشتراك فى الثوب المقبوض فى البيع أيضا بناء على الاشتراك فيما أضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك فلا تتوهم القسمة قبل القبض أصلا ولهذا فرع غيره ورود السؤال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم أقول لا احتياج عندى ههنا الى التشبث بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المذكور أصلا لانه ان لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب فى البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض فى البيع بالمقاصة كان له سبيل على مااستوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له أن يضمنه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة ان لاسبيل لاحد الشريكين على شئ مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة لايقال تلك الضرورة فى القسمة القصدية دون الضمنية والمتوهم ههنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلابد من المصير الى أن يقال قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة وأما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة لانا نقول تلك الضرورة ثابتة قطعا فى القسمة الصحيحة بعد أن وقعت سواء كانت قصدية أوضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف بصحتها لزم أن لايكون للشريك الساكت سبيل على مااستوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة أيضا فلزم أن لايضمنه ربع الدين وقد تقرر أن له أن يضمنه ذلك فالمسلك الصحيح أن لايسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لاقصدا ولا ضمنا كما قررناه (قوله وللشريك أن يتبع الغريم فى جميع ماذكرنا لان حقه فى ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لايشاركه) أقول فيه كلام وهو أنه ان كان حق الشريك الساكت باقيا فى ذمة الغريم وكان مااستوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى ثم ان هذا مخالف لماذكر فى غاية البيان وغيرها فى صدر هذه المسائل من الاصل الصحيح المبرهن عليه بان يقال الاصل هنا أن الدين المشترك الذى يثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض أحدهما شيأ منه فالمقبوض من النصيبين لانا لو جعلناه من نصيب أحدهما لكنا قد قسمنا الدين حال كونه فى الذمة وقسمة الدين حال كونه فى الذمة لاتجوز والدليل على ذلك هو أن القسمة تمييز الحقوق وذلك لايتأتى فيما فى الذمة ولان القسمة فيها معنى التمليك لان كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقى عوضا عماله فى يد الآخر وتمليك الدين لغير من فى ذمته لايجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل قال صاحب العناية فى تعليل قول المصنف فله أن لايشاركه لئلا ينقلب ماله ما عليه فانه خلف باطل (أقول) فيه نظر لانه يستلزم أن لايثبت له حق المشاركة أصلا بل يتعين له عدم المشاركة وهذا ظاهر لزوما وبطلانا (قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لامقتض) أقول فيه شئ وهو أنه يلزم فى هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وذا لايجوز وليس ههنا قيام الدين السابق ولا كذلك عقد الصلح (قوله لانه قاض بنصيبه لامقتض) لان آخر الدينين يصير قضاء عن

وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبى حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه ابراء موقتا بالابراء المطلق وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأجيل وقسمة الدين قبل القبض لاتجوز لانه وصف شرعى ثابت فى الذمة وذلك لايتميز بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أولا فان تميز بطل قولكم وذلك لايتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر مايوجبه فيما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله لامتياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز فان قيل فقد يجوز ابراء أحدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما (٤٠٥) يستحيل فيه ذلك أجيب بان القسمة تقتضى وجود النصيبين وليس ذلك فى صورة الابراء بموجود فلاقسمة لايقال لو كان القسمة أمرا وجوديا لزم ماذكرتم وانما هى رفع الاشتراك أو الاتحاد أوما شئت فسمه وذلك عدمى فلانسلم أنها تقتضى وجود النصيبين لانا نقول القسمة افراز أحد النصيبين لتكميل المنفعة بما لايشاركه فيه الآخر وذلك يقتضى وجودهما لامحالة وارتفاع الشركة من لوازم والاعتبار للموضوعات الاصلية (ولو غصب أحدهما عينا منه أواشتراه شراء فاسدا فهلك فى يده فهو قبض) لان ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للاول وكذا اذا استأجر من الغريم بنصيبه دارا وسكنها فاراد شريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لان ماعدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها

ولايصح عندهما لانه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب أحدهما عينا منه أواشتراه شراء فاسدا وهلك فى يده فهو قبض

عقد حتى تجوز فى ضمنه كما قالوا فى صورة البيع اللهم الا أن تجعل نفس المقاصة نوع عقد أوشبيه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض فى ضمنها أيضا (قوله ولايصح عندهما لانه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأخير وقسمة الدين قبل القبض لاتجوز لانه وصف شرعى ثابت فى الذمة وذلك لايتميز بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أولا فان تميز بطل قولكم وذلك لايتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر مايوجبه فيما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله لامتياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز فان قيل فقد يجوز ابراء أحدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك وأجيب بان القسمة تقتضى وجود النصيبين وليس ذلك فى صورة الابراء بموجود فلاقسمة الى هنا كلامه (أقول) فى الجواب الثانى بحث لان عدم تحقق القسمة فى صورة الابراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لايدفع السؤال الثانى لان حاصله نقض ماذكر فى الجواب الاول بان ذكر مايوجب التمييز يتحقق فى صورة الابراء أيضا فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض فى صورة التأخير لاستلزمها فى صورة الابراء أيضا وأما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فامر مشترك بين الصورتين لان القسمة كما تقتضى وجود النصيبين كذلك تقتضى كون كل واحد من النصيبين قابلا للتمييز عن الآخر وتمييز بعض الدين عن بعض غير متصور فلاقسمة فى الدين لافى صورة الابراء ولافى صورة التأخير كيف ولو أمكن القسمة فى الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم تتصور حقيقة القسمة فى الدين أولهما لان القضاء لايسبق الوجوب (قوله لانه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض) وانما قلنا ان هذا قسمة لان نصيب أحدهما يصير مخالفا لنصيب الآخر فى الوصف والحكم أما فى الوصف فلانه يقال لاحد النصيبين حال وللآخر مؤجل وأما فى الحكم فلان للساكت أن يطالب المديون بنصيبه فى الحال وللمؤخر لا والقسمة ليست الا أن يصير أحد النصيبين مخالفا للآخر وقسمة الدين قبل القبض لاتجوز لان القسمة تميز ومافى الذمة لايتصور فيها التمييز ولان فى القسمة تمليك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضا عما يملكه عليه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لايجوز ولان فى ذلك نقلا للوصف من محل الى محل آخر قصدا والانتقال على الاوصاف محال والدين وصف شرعى فى الذمة يظهر أثره عند المطالبة والفرق لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله بين الابراء الموقت والمؤبد حيث قالوا بصحة الابراء هو أنه لايبقى نصيبه بعد الابراء أصلا والقسمة انما تكون مع بقاء نصيب كل واحد منهما وفى التأخير بقى نصيب كل واحد منهما فى أصل الدين على حاله حتى أن الآخر اذا قبض

(قوله والجواب عنه أن تأخير البعض فيه الخ) أقول اختيار للشق الثانى ثم الضمير فى قوله فيه راجع الى الدين (قوله فان قيل فقد يجوز ابراء أحدهما الخ) أقول ويجوز أن يقرر السؤال بان تصحيح الابراء عن نصيبه يستلزم تميز الدين فى ذمته قبل الابراء والا فكيف تعلق الابراء بنصيبه خاصة فليتأمل فى جوابه (قوله أجيب بان القسمة تقتضى الخ) أقول ولو أجيب بان المحال قسمة الدين فى الذمة ولا يلزم ذلك فى صورة الابراء لم يحتج الى ذلك التطويل (قوله لزم ماذكرتم) أقول يعنى من اقتضاء وجود النصيبين (قوله فلانسلم أنها الخ) أقول لعل هذا المنع خارج عن قانون التوجيه

وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف) وصورته ما اذا رمى النار على ثوب المديون فاحرقه وهو يساوي نصيب المحرق وأما اذا أخذ الثوب ثم أحرقه فان للشريك الساكت أن يتبع المحرق بالاجماع لمحمد رحمه الله أن الاحراق اتلاف لمال مضمون فكان كالغصب والمديون صار قاضيا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا ولابي يوسف رحمه الله أنه متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق

والاستئجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه من جناية العمد قال (واذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله

لا في صورة الابراء ولا في صورة التاخير بقي أصل النقض على حاله فتدبر (قوله وكذا الصلح عليه عن جناية العمد) قال في النهاية ومعراج الدراية قيل انما قيد بجناية العمد لان في جناية الخطا يرجع ولكن ذكر في

نصيبه ثم حل الاجل كان للمؤخر أن يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي مشتركا بينهما ولان في التصرف المؤخر اضرارا بشريكه وأحد الشريكين اذا تصرف في نصيبه على وجه يلحق الضرر بصاحبه لم ينفذ تصرفه في حق شريكه كما لو كاتب أحد الشريكين في العبد نصيبه كان للآخر أن يبطل الكتابة وههنا في التأخير ضرر دون الابراء بيان ذلك أنه يجعل مؤنة المطالبة بجميع الدين على شريكه لانه اذا أخر نصيبه ثم استوفى الآخر نصيبه فهو يشاركه عند حلول الاجل في المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى تكون مؤنة المطالبة في جميع الدين على شريكه وفيه من الضرر ما لا يخفى بخلاف الابراء اذ ليس فيه اضرار بشريكه لانه لا يشاركه فيما يقبض بعد ذلك (قوله والاستئجار بنصيبه قبض) صورة المسئلة ما اذا كان لرجلين على رجل ألف درهم فاستأجر أحدهما بنصيبه من الالف دارا من الغريم سنة وسكنها فاراد شريك المستأجر اتباعه فانه له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لان ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها حتى لم يثبت الحيوان دينا في الذمة بدلا عن المنفعة كما في غيرها من الاموال وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله هذا اذا استأجر أحدهما بخمسمائة أي مطلقا من غير اضافة الى نصيبه من الدين ثم صار قصاصا بنصيبه فاما اذا استأجر بحصته من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشئ وجعل هذا بمنزلة النكاح لان المنفعة ليست بمال مطلق فاذا كان بدل نصيبه المنفعة لا يضمن باعتباره مالا مطلقا لشريكه (قوله وكذا الاحراق عند محمد) قيل صورة المسئلة المختلف فيها ما اذا رمى بالنار على ثوب المديون فاحرقه وأما اذا أخذ الثوب ثم أحرقه فان للشريك أن يتبع المحرق بالاجماع لانه حينئذ يكون الاستهلاك بعد الغصب (قوله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية) أي التزوج بنصيبه من الدين اتلاف حتى لا يرجع الآخر على المتزوج وانما قيد بنصيبه لانه لو تزوج أحد الشريكين المديونة على خمسمائة ونصيبه خمسمائة ولكن لم تضف الى الدين فان تمنه يتبع الساكت الزوج لان الزوج صار مستوفيا نصيبه بطريق المقاصة فيرجع الساكت عليه ولا كذلك اذا أضاف العقد الى الدين لان النكاح تعلق به فيسقط بنفس القبول فصار بمنزلة الابراء وهناك لا يتبع فكذا هنا وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله ان للآخر أن يشاركه فيضمنه نصف نصيبه من الدين لان التزوج بالدين المشترك قبض لان التزوج وان كان به لفظا لكنه بمثله معنى فصار كتزوجها بخمسمائة والفرق على ظاهر الرواية انه متى تزوجها على نصيبه من الدين لم يصر الزوج مقتضيا لنصيبه من الدين لانه تعلق النكاح بعين الحصة لان النكاح متى أضيف الى دين في الذمة يتعلق النكاح بعين المضاف اليه وصار ذلك ملكا لها بالنكاح ثم يسقط عن ذمتها عين نصيب الزوج فكان بمنزلة الهبة والابراء بخلاف ما لو تزوجها بخمسمائة (قوله وكذا الصلح عن جناية العمد) أي جنى أحد الشريكين على المديون عمدا فصالحه عنها على نصيبه (قوله واذا كان السلم) أي المسلم فيه بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي

اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشئ فكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيأ مضمونا يقبل الشركة فانه يملك به البضع وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على أحد فكان كالجناية وروى بشر عن أبي يوسف أنه يرجع لان التزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قضاء للاول فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على نصيبه بجناية العمد اتلاف كالتزوج به لانه لم يقبض شيأ قابلا للشركة بل أتلف نصيبه قيل وانما قيد بقوله عمدا لانه في الخطأ يرجع عليه وأطلق في الايضاح فقال ولو شجه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم الشريك شئ لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح وأرى انه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا الشئ قال (واذا كان السلم بين شريكين الخ) اذا أسلم رجلان رجلا في كر حنطة فصالح أحدهما مع المسلم اليه على أن يأخذ نصيبه من وقال

(قوله فيتحقق القضاء والاقتضاء) أقول أي القضاء من المرأة والاقتضاء من الرجل (قوله لان الارش قد يلزم العاقلة الخ) أقول فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجيء

رأس المال وبفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد الا باجازة الآخر فان أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل وقال أبو يوسف جاز اعتبارا بسائر الديون فان أحد الاثنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه كذلك ههنا (وبما اذا اشتريا عبدا فاقال أحدهما في نصيبه) بجامع ان هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم ولابي حنيفة ومحمد وجهان أحدهما انه لو جاز فاما أن

وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز الصلح) اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال أحدهما في نصيبه ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه

الايضاح مطلقا فقال ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شئ لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى وقال في العناية بعد ذكر ما فيها وأرى أنه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشئ انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجيء انتهى (أقول) هذا ساقط جدا لان العاقلة انما لا تعقل الارش الذي يجب بالصلح وهو الذي يجيء في كتاب الديات ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جناية العمد وانما مراد صاحب العناية ههنا أن الارش قد يلزم العاقلة بجناية الخطا ثم يصالح عنه على مال أعطاه الجاني ففي مثله اذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضيا الشئ اذ الارش لم يلزمه حتى يكون مقتضيا له بل قد لزم العاقلة فاين ما أراده مما أورده ذلك الراد ثم أقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية أما أولا فلان القاتل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدي كاحدهم على ما يجيء في كتاب المعاقل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضيا لشئ اذ قد كان مقتضيا القدر ما لزمه أن يؤديه مع العاقلة وأما ثانيا فلان ما ذكره انما يقتضي اطلاق الجناية لا تقييدها بالعمد فان المصالح اذا لم يكن مقتضيا الشئ لزم أن لا يرجع شريكه عليه كما في الصلح عن جناية العمد فلم يظهر للتقييد وجه فليتأمل (قوله ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر) يعني أنه لو جاز فاما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة واللازم باطل وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان هذا الدليل منقوض بسائر الديون لانه جار فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل أبي يوسف وأما ثانيا فلان قسمة الدين في الذمة انما لا تجوز اذا كانت قصدا وأما اذا كانت ضمنا فتجوز كما صرحوا به وقدمر من قبل وفي الشق الاول من الترديد المذكور انما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم (قوله ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه) قال صاحب العناية أخذا من شرح تاج

حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز الصلح والحاصل أنه يتوقف الصلح عندهما على اجازة صاحبه فان أجاز نفذ عليهما كأنهما صالحاه وكان ما قبض بينهما وما بقي من السلم بينهما وان رده بطل أصلا وبقي الطعام كله بينهما وعند أبي يوسف رحمه الله الصلح جائز بين المصالح والمسلم اليه لما ان الصلح عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون على أي بدل كان عنده ثم أحد ربي الدين اذا صالح عن نصيبه مع المديون على بدل جاز الصلح ويخير الآخر بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه من ذلك الدين كذلك ههنا (قوله بخلاف شراء العين) جواب لقوله وبما اذا اشتريا عبدا فاقال أحدهما أي الاقالة

جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه وقوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء العين فانا اذا اخترنا فيه الشق الاول من الترديد لم يلزم المحذور المذكور وفيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف بقوله وهذا لان المسلم فيه يعني ان المسلم فيه في ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه والثاني انه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من رأس المال لان الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما واذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى أحدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بانه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرر المبدل لا بسقوطه بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون

(قوله رجع المصالح الخ) أقول اطلاق المصالح يجوز الا أن يكون المراد الاستيفاء بطريق الصلح

تجديد السبب (قالوا) أى المتأخرون من مشايخنا (هذا) الاختلاف بين علمائنا انما هو (اذا خلطا رأس المال) وعقدا عقد السلم وأما اذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف أيضا وهؤلاء نظروا الى الوجه الاول وهو قوله العقد قام بهما فلا ينفرد

أحدهما برفعه ولا فرق فى ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطا أو غيره وقال آخرون هو على الاتفاق فى الجواز وهؤلاء نظروا الى الوجه الثانى وهو قوله لو جاز لشاركه فى المقبوض لان ذلك باعتبار شركتهما فى المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال ومنشأ اختلاف المتأخرين فى ان اختلاف المتقدمين فى صورة خلط رأس المال أو على الاطلاق ان محمدا ذكر الاختلاف فى البيوع مع ذكر الخلط وذكر فى كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط أن الآخر لا يشاركه فيما قبض المصالح فى قول أبى يوسف ولم يذكر قول أبى حنيفة ومحمد فظن بعضهم أن ترك الذكر لاجل الاتفاق وقيل وليس بسديد لان الموجب للشركة فى المقبوض هو الشركة فى دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما اذا خلطا أو لم يخلطا

(فصل فى التخارج) التخارج تفاعل من الخروج وهو أن يصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تأخيره قلة وقوعه فانه قلما يرضى أحد بان يخرج من البين بغير استيفاء حقه

قالوا هذا اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثانى هو على الاتفاق *(فصل فى التخارج)*

الشر بعقد واعترض بان هذا المعنى موجود فى الدين المشترك اذا استوفى أحدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه فى النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بانه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرر المبدل لا بسقوطه بل بتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين فى ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفى السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب انتهى كلامه (أقول) لمعترض أن يعود ويقول فى هذا المعنى موجود أيضا فيما اذا اشتريا عبدا فاقال أحدهما فى نصيبه والفرق المذكور فى الجواب المزبور لا يتمشى فيه لان الاقالة فسخ عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكر فى آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ولم يتجدد السبب فى تلك الصورة قطعا فينتقض الدليل المذكور بها ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه فى المقبوض فى صورة الاقالة فى العين بناء على جواز تفرد أحدهما بالرفع فى العين كما فهم من قول المصنف بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور فى تلك الصورة فلا انتقاض بها تأمل تقف

(فصل فى التخارج) التخارج تفاعل من الخروج ومعناه أن يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بشئ معلوم وانما أخره لقلة وقوعه اذ قلما يرضى أحد أن يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه أو لوقوعه بعد

فى العين تصرف فى الحكم فى حالة البقاء وذلك يستغنى عن العقد وهنا التصرف فى ابطاله واقع فى العقد وهو ينعقد بهما فلا يجوز أن ينفرد أحدهما بالابطال باعتبار تصرفه فى حكمه فى حال ثبوته اذ حالة الدين كحالة الوجود الى أن يقبض والحكم يقتصر الى العلة ثبوتا ولانه لو جاز الصلح من أحدهما يؤدى الى أن يسقط حق رب السلم عن المسلم فيه ويتقرر فى رأس المال ثم يعود فى المسلم فيه وذا لا يجوز كما لو تقايلا السلم ثم أراد فسخ الاقالة فانه لم يجز بخلاف بيع العين وهذا لان الآخر اذا اختار المشاركة فى المقبوض مع المصالح كان ما بقى من طعام السلم مشتركا بينهما وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه وتقرر فى رأس المال فلا يجوز أن يعود حقه بعد ذلك فى المسلم فيه لانه لو عاد لعاد بعد بطلان الاقالة والاقالة فى باب السلم لا تحتمل الابطال قوله قالوا هذا اذا خلطا رأس المال) أى هذا الخلاف فيما اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول وهو ما ذكر أنه لو جاز فى نصيبه خاصة يكون قسمة الدين فى الذمة هو على الخلاف لان دلالة الوجه الاول لا تتفاوت بين الاختلاط وعدمه وعلى الوجه الثانى وهو ما ذكر أنه لو جاز يشاركه فى المقبوض هو على الاتفاق أى جوابهما ههنا كجواب أبى يوسف رحمه الله لان ذلك انما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح فى المقبوض وليس له حق المشاركة ههنا اذا لم يكن بينهما شركة فيما نقدا من رأس المال والصحيح ان الخلاف فى الفصلين ثابت الا أن عدم جواز الصلح فيما اذا خلطا بعلتين وفيما اذا لم يخلطا بعلة واحدة وذكر فى الاوضح أن دعوى الاجماع فيه غير سديد لان الشركة فى المقبوض انما تلزم من الشركة فى دين السلم والشركة فى دين السلم من اتحاد عقدهما وذلك ثابت لا يختلف بين ما اذا خلطا رأس المال وبين ما اذا نقد كل واحد منهما نقدا على حدة والله أعلم

(فصل فى التخارج) وهو من الخروج وهو أن يصطلح الورثة على اخراج بعضهم بشئ معلوم وصورته امرأة ماتت وتركت زوجا وبنتا وأختا لاب وأم ففى المسئلة الربع والنصف والباقى والتركة دنانير وأثواب فصولح الزوج على الاثواب والدنانير يقسم بين البنت والاخت على ثلاثة أسهم سهمان للبنت وسهم للاخت وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به وله شروط تذكر فى أثناء الكلام وتصوير المسئلة ذكرناه فى مختصر الضوء والرسالة (واذا

(قوله وقيل وليس بسديد) أقول القائل هو الخبازى نقلا عن الاوضح *(فصل فى التخارج)* (قوله ووجه تأخيره قلة وقوعه) أقول ويجوز أن يكون التأخير لاختصاصه بتركة الميت

قال (واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا أحدهم الخ) واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه اياه حال كون التركة عقارا أو عروضا جاز قل ما أعطوه أو كثر وقيد بذلك لانها لو كانت من النقود كان هناك شرط سنذكره وهذا لانه أمكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل والكثير من الثمن ولم يصح جعله ابراء لان الابراء من الاعيان غير المضمونة لا يصح فان قيل لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالته تفسد البيع أجيب بان الجهالة المفضية الى النزاع تفسد البيع لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذا لا يحتاج الى تسليم فلا يفضى الى المنازعة فصار كمن أقر أنه غصب من فلان شيأ أو اشتراه من المقر له جاز وان لم يعلما مقداره وفى جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه أثر عثمان وهو ما روى محمد بن الحسن عمن حدثه عن عمرو بن دينار أن احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وهى تماضر كان طلقها فى مرضه فاختلفت الصحابة فى ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فظهار بع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزأ فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا ولم يفسر ذلك فى الكتاب وذكر فى كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا أو بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى لكن يعتبر القبض فى المجلس لكونه صرفا غير أن الوارث الذى فى يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها فى يده يكتفى بذلك القبض أى القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والاصل فى ذلك انه متى تجانس القبضان ناب

واذا كانت الشركة بين ورثة فاخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه اياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه اياه أو كثيرا) لانه أمكن تصحيحه بيعا وفيه أثر عثمان فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن ابن عوف رضى الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار قال (وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا أو كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك) لانه بيع الجنس بخلاف الجنس

الحياة (قوله وفيه أثر عثمان رضى الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار) قال فى غاية البيان والاصل فى جواز التخارج ما روى محمد بن الحسن فى الاصل فى أول كتاب الصلح عن أبى يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وقال محمد أيضا حدثنا أبو يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس انه قال بتخارج أهل الميراث وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وقد أثبت شمس الائمة السرخسى وعلاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى لفظ الكافى كما فيه من غير تغيير الا أن شمس الائمة السرخسى قال وهى تماضر كان طلقها فى مرضه فاختلف الصحابة فى ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فظهار بع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزأ من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا وقد روى محمد الالف مطلقا ولم يفسر أنها دراهم أو دنانير وذكر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار الى هنا لفظ غاية البيان وهذا بسط ما ذكر فى جملة الشروح ههنا غير أنه ذكر فى سائر الشروح أنه ذكر فى كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار (قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا) أما اذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه

(قوله لانه أمكن تصحيحه بيعا) انما تعين البيع فيه للجواز دون الابراء فيما زاد من نصيبه لانا لو قلنا بالابراء يلزم الابراء عن الاعيان الغير المضمونة وهو لا يصح فتعين البيع (قوله وفيه أثر عثمان رضى الله عنه) روى عن عمرو ابن دينار أن احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وهى تماضر كان طلقها فى مرضه فاختلفت الصحابة رضى الله عنهم أجمعين فى ميراثها فنه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فظهار بع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزأ مصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألف دينار

 يكونا قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما مناب الآخر أما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فاما اذا كان الذى فى يده بقيتها مقرا فانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض

(قوله وقيد بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك الى قوله حال كون التركة عقارا الخ (قوله صالحوها) أقول الضمير فى قوله صالحوها راجع الى احدى نساء (قوله وهى تماضر الى قوله ولم يفسر ذلك فى الكتاب) أقول هذا الكلام الى قوله وثمانين ألف دينار ذكره شمس الائمة السرخسى فى شرح المبسوط وأراد بالكتاب المبسوط وانما كتبت هذا لئلا يتوهم ان المراد بالكتاب الهداية ويعترض على الشارح بانه مفسر فيه كما فعله البعض ثم قوله ولم يفسر ذلك فى الكتاب يعنى لم يفسر محمد فى مبسوطه

أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على أحد النقدين فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) فان كان مساويا لنصيبه أو أقل أو لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا أما اذا كان مساويا فلزيادة العروض واذا كان أقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم وان كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء أيضا لما مر ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصادق أما اذا ادعت ميراث زوجها وأنكر الورثة الزوجية فصالحوها

على أقل من نصيبها من المهر والميراث جاز لان المدفوع اليها حينئذ لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس ذلك ربا (ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا) قل أو كثر وجد التقابض في المجلس أو لا ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفا قال (واذا كان في التركة دين على الناس الخ) واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على أن يخرجوا من صالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعا أما في الدين فلان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح وأما في العين فلاتحاد الصفقة والحيلة في الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط أو تمليك الدين ممن عليه الدين

فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير أن الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لابد من تجديد القبض لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) احترازا عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضا جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال (واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل) لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لانه اسقاط وهو تمليك الدين ممن عليه الدين

تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض وكذلك اذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة في هاتين الصورتين للزوم الربا ولا يصح تجويزه بطريق الابراء عن الباقي أيضا لان التركة عين والابراء عن الاعيان باطل كذا في الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب (أقول) عدم صحة تجويز ذلك بطريق الابراء عن الباقي منظور فيه عندي لان الابراء عن نفس الاعيان وان كان باطلا الا أن البراءة عن دعوى الاعيان صحيحة كما صرحوا به وقد مر في الكتاب فلم لا يصح تجويز الصلح على الاقل أو المثل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما أمكن فان قلت قد مر في الكتاب أنه لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في الباقي وما نحن فيه نظير تلك المسئلة فاذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح ههنا قلت قد مر أيضا في الشروح

(قوله لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح) الاصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر وان اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون ولا ينوب غير المضمون عن المضمون (قوله لا بد من تجديد القبض) وهو أن يرجع الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضه (قوله فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس) قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله انما يبطل الصلح على مثل نصيبه أو أقل من مال الربا في حال التصادق وأما في حال المناكرة فالصلح جائز لانه يعطي المال لدفع الخصومة فلا يتمكن فيه الربا وقيل انه باطل في الوجهين لانه معاوضة في حق المدعي فيتمكن فيه الربا (قوله احترازا عن الربا) لانه لا يمكن تجويز الصلح بطريق الابراء لان الابراء عن الاعيان باطل لان الاسقاط انما يستعمل في الديون لا في الاعيان وههنا عين فتعين تجويزه بطريق المعاوضة ولا يمكن ههنا لانه يبقى شئ من التركة بلا ثمن في ضمن المعاوضة فيكون ربا فلا بد من أن يزيد على نصيبه حتى ينتفي الربا (قوله ويكون الدين لهم فالصلح باطل) أي في الكل في

قال المصنف (واذا كان في التركة الى قوله فالصلح باطل) أقول قال الكاكي أي في الكل في العين والدين أما في الدين فلكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين وأما في العين فلاتحاد الصفقة وفي مبسوط شيخ الاسلام وهذه المسئلة ترد نقضا على أبي يوسف ومحمد فيما اذا أسلم حنطة في شعير أو زيت حيث قالا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا أفسد الكل وهذا مما يحفظ وفي الكافي قيل هذا عند أبي حنيفة وأما عندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن بثمن واحد انتهى فظهر مما في الكافي جواب نقض شيخ الاسلام خواهرزاده فليتامل ثم ان عبارة المصالح في قول المصنف على أن وهو

وهو جائز وهذه حيلة الجواز وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء

وهو جائز (وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) أما في الوجه الاول فلان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة (والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء

يخرجوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل قال المصنف (وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) أقول قال في الكفاية لعدم رجوعهم على الغرماء انتهى هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليتامل (قوله وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم) أقول فيه بحث

هناك ان ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية وأما في ظاهر الرواية فانه يصح وقد ذكر في الذخيرة وفي فتاوى قاضيخان أيضا اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية في تلك المسئلة حتى قال في الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية أن الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح وان كان الابراء عن العين لا يصح وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب فيرد عليه ما أوردناه من النظر كما لا يخفى وقال الحاكم أبو الفضل انما يبطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصادق وأما حالة المناكرة فالصلح جائز لان حالة المناكرة المعطي يعطي المال لقطع المنازعة ويفدي به يمينه فلا يتمكن الربا كذا في الذخيرة والتتمة ونقل عنهما في النهاية ومعراج الدراية وقال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال أبو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من نصيبها من العين في حالة التصادق أما في حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطا ثم قال الامام الاسبيجابي والصحيح انه باطل في الوجهين لانه يكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا انتهى وهكذا نقل عنه في غاية البيان وقال الامام فخر الدين قاضيخان في فتاواه قال الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من حصتها من مال الربا في حالة التصادق أما في حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك ان في حالة الانكار ما يؤخذ لا يكون بدلا لا في حق الآخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه (أقول) في الوجه الذي ذكره قاضيخان اشكال لان عدم كون المأخوذ بدلا في حق الدافع ظاهر مسلم وأما عدم كون ذلك بدلا في حق الآخذ فممنوع فان قلت انما لا يكون المأخوذ بدلا في حق الآخذ أيضا لامكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بحمله على أخذ عين الحق في قدر المأخوذ واسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين باقل من جنسه قلت الكلام في الصلح عن أعيان التركة والابراء عن الاعيان باطل على ما صرحوا به فلو أمكن تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بحمله على أخذ بعض الحق واسقاط بعضه الآخر لامكن تصحيحه في حالة التصادق أيضا بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعا وقد أجمعوا على عدم امكان تصحيحه أصلا في حالة التصادق نعم بقي لنا الكلام في هذا المقام بانه لم لا يجوز تصحيح هذا الصلح في الحالتين معا بحمله على البراءة من دعوى الباقي من أعيان التركة لا عن نفس تلك الاعيان والباطل هو الثاني دون الاول كما قررناه من قبل (قوله وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) لعدم رجوعهم على الغرماء كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا في سائر الشروح أما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الاول عن الكفاية هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل انتهى (أقول) قد يكون التبرع في نفس المال بان يعطيه على أن لا يأخذ عينه ولا بدله من بعد وقد يكون في نقده وتعجيله بان يعطيه في الحال عند عدم وجوب اعطائه عاجلا عليه وهذا لا ينافي أن يأخذ عينه أو بدله في الآجل فلما كان قول المصنف في الوجه

الدين والعين جميعا أما في حصة الدين فلكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين وأما في حصة العين فلان الصلح لما فسد في حصة الدين يفسد في حصة العين أيضا لاتحاد الصفقة وهذه المسئلة ترد نقضا على أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فيما اذا أسلم حنطة في شعير وزيت فانهما قالا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا أفسدا الكل وقيل في الفرق لهما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن وقيل بطلان الصلح في العين قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين (قوله وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) لعدم رجوعهم على الغرماء (قوله ويحيلهم) أي المصالح بقية الورثة على استيفاء نصيبه أي

ولولم يكن فى التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا

الثانى متبرعين بحتمل لكل واحدة من صورتى التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الاولى لتبادرها ففسر ضرر بقية الورثة فى الوجهين معا بعدم رجوعهم على الغرماء وحمله أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاحش الضرر فى الصورة الاولى ففسر والضرر فى الوجهين بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل فى الرد عليهم اذلا نسيئة فى التبرع ناشئ من الغفول عن الصورة الثانية للتبرع واعلم أن صدر الشريعة حمل هذا الوجه الثانى فى شرح الوقاية على ما حمل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال والثانية ان بقية الورثة يؤدون الى المصالح نصيبه نقدا و يحيل لهم حصته من الدين على الغرماء فى هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لان النقد خير من الدين انتهى ولكن خالف فى توجيه الوجه الاول صاحب الهداية وشراح كتابه قاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافى وغيره حيث قال الحيلة الاولى أن يشترطوا أن يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين و يصالح عن أعيان التركة بمال وفى هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لان المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لان حصته تصير لهم انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لان ماذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة فان قيل اذا لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء أداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة قلنا ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصة المصالح لا تصير لهم فقوله لأن حصته تصير لهم حجة عليه لا له فلا وجه لذكره فى تعليل فائدة بقية الورثة ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح زاد فى الطنبور نغمة حيث قال فى هذا المقام وفى هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبر بهذا النفع وقال فى حاشيته فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس انتهى (أقول) فيه أيضا بحث اذ لا يخفى على الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا ينجبر بمجرد أن لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فان النفع فيه لسائر الورثة أمر وهمى من جهة تأديه الى سهولة أداء الغرماء حصص باقى الورثة فاين هذا من ذلك فالحق ما ذكره صاحب الهداية (قوله ولولم يكن فى التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) بين هذا فى كثير من الشروح بان كان له فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل وهكذا فى الذخيرة أيضا (أقول) فيه خلل لان نصيبه من ذلك اذا كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا اذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثله من بدل الصلح و يكون زيادة البدل بحقه من بقية التركة كما مر فى الكتاب كما اذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا فالحق فى البيان ههنا أن يقال بان كان فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر ولقد أصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربا بقوله لانه يجوز أن يكون فى التركة كيلى أو وزنى و بدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل لان ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا انتهى فانه اعتبر القلة فى جانب بدل الصلح لا فى جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون وكان صاحب الكافى تنبه أيضا لما ذكرناه

نصيب المصالح من الدين (قوله قيل لا يجوز لاحتمال الربا) وهو قول الامام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله فقال لا يجوز الصلح على المكيل والموزون لما كان فيه من احتمال الربا بان كان فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه أبى جعفر رحمه الله فقال يجوز هذا الصلح لانه يحتمل أن لا يكون فى التركة من جنس بدل الصلح وان كان فيحتمل أن يكون نصيبه أقل من بدل الصلح فكان القول بعدم الجواز مؤديا الى اعتبار شبهة الشبهة وهى ساقطة الاعتبار وفى فتاوى قاضيخان رحمه الله

وقيل

(ولولم يكن فى التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) وهو قول الشيخ الامام ظهير الدين المرغينانى بان كان فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل

وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح أنه يجوز لانها لا تفضى الى المنازعة لقيام المصالح عنه فى يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغى أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخى رحمه الله فى القسمة أنها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

من الخلل فاكتفى بذكر المثل حيث قال فى تعليل هذا القيل لاحتمال أن يكون فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية ولكن الاوجه أن يزاد عليه قيد أو أكثر كما نبهنا عليه آنفا لان فيه توسيع دائرة احتمال الربا كما لا يخفى (قوله وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة) لاحتمال أن لا يكون فى التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا فى العناية وعلى هذا المنوال ذكر فى الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل فيه بحث أقول لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذه لا يلزم الربا لما بيناه فيما مر فلا وجه لذكره فى أثناء بيان احتمال الربا لكنه ساقط ههنا لان مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا أو أقل فلا يلزم الربا لا أنه على كل تقدير يلزم الربا فانهم بصدد بيان شبهة الشبهة التى ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبى الصحة والفساد ألا ترى الى قولهم لاحتمال أن لا يكون فى التركة من ذلك الجنس فان هذا الاحتمال احتمال لجانب الصحة قطعا كيف ولو كان الاحتمال مقصورا على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا فضلا عن شبهة شبهته تأمل تقف ثم اعلم أن صاحب الاصلاح والايضاح بعد ما بين الاختلاف فى هذه المسئلة على ماذكر فى الكتاب قال ولقائل أن يقول حق الجواب التفصيل بان يقال ان كان فى التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وان لم يكن يجوز وان لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف اه كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه لا احتياج ههنا الى ما ذكره من التفصيل أصلا اذ الشقان الاولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسئلتين المذكورتين سابقا على الاستقلال احداهما قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة الخ وأخراهما قوله فى أول الفصل واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه اياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه اياه أو كثيرا وأما ثانيا فلان التفصيل الذى ذكره لا يخلو عن اختلال لان قوله ان كان فى التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على اطلاقه فانه اذا كان فى التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما أعطوه

والصحيح ما قاله الفقيه أبو جعفر رحمه الله لان الثابت ههنا شبهة وذلك لا يعتبر (قوله والاصح أنه يجوز لانها تفضى الى المنازعة لقيام المصالح عنه فى يد البقية من الورثة) ونفس الجهالة غير مانعة لجواز البيع بل الجهالة المفضية الى المنازعة مانعة ألا ترى أنه لو باع قفيزا من صبرة يجوز البيع مع الجهالة وكذلك لو باع المغصوب منه المغصوب للغاصب والغاصب لا يعلم مقداره يجوز البيع حتى لو كان بعض التركة فى يد المصالح ولا يعرفون ما مقداره لا يجوز لانه يحتاج الى التسليم فيفضى الى المنازعة (قوله وذكر الكرخى فى القسمة أنها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا) قال شيخ الاسلام رحمه الله فى المبسوط هذه المسئلة على وجهين اما أن الدين مستغرق أو غير مستغرق ففى الاول لا يقسم لانه لا ملك لهم فى التركة لان الدين المستغرق يمنع وقوع الملك فى التركة عندنا فلهذا لا يقسم وفى الوجه الثانى القياس أن لا يقسم ولكن يوقف الكل وفى الاستحسان يحبس قدر الدين للغرماء و يقسم الباقى فيما بينهم بناء على أن الدين اذا لم يكن مستغرقا هل يملك الوارث فى التركة أم لا فالقياس أن لا يملك الوارث شيأ فى التركة لانه ما من جزء الا وهو مشغول بالدين وفى الاستحسان يملك التركة حتى لو كان المورث جارية حل له وطؤها استحسانا نفيا للضرر عن الورثة لان التركة لا تخلو عن قليل الدين واذا ملكوا

(وقيل يجوز) وهو قول الفقيه أبى جعفر لاحتمال أن لا يكون فى التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة (ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة) فصالحوا على مكيل أو موزون أو غير ذلك (قيل لا يجوز لكونه بيعا) اذ لا يصح أن يكون ابراء (لان المصالح عنه عين) والابراء عن العين لا يجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة (وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست بمفضية الى النزاع لقيام المصالح عنه فى يد بقية الورثة) فما ثمة احتياج الى التسليم حتى يفضى الى النزاع حتى لو كان بعض التركة فى يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه الى ذلك وان كان على الميت دين فاما ان يكون مستغرقا أو غيره ففى الاول لا يجوز الصلح ولا القسمة لان الوارث لم يملك التركة وفى الثانى لا ينبغى أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وأما القسمة فقد قال الكرخى انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا وجه الاستحسان أن الدين يمنع تملك الوارث اذ ما من جزء

(قوله أكثر مما أخذ أو أقل) أقول فيه بحث

(كتاب المضاربة)

المضاربة مشتقة من الضرب فى الارض سمى بها

أكثر قدرا من نضيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعا كما مر مفصلا ومدللا وكذا اذا كان فى التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير أيضا يجوز الصلح قطعا كما مر أيضا مستوفى وأما ثالثا فلان مسئلتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جدا اذ قد اعتبر فيها كون أعيان التركة غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب فى هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن فى التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل فى هذه المسئلة هكذا وفى صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل أو موزون اختلاف انتهى فكيف يتصور فى هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هى منحصرة فى الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر فى الكتب المعتبرة عامة

(كتاب المضاربة)

قد مر وجه المناسبة فى أول كتاب الاقرار والمضاربة فى اللغة مفاعلة من ضرب فى الارض اذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله يعنى الذين يسافرون فى الارض للتجارة وسمى هذا العقد بها لان المضارب يسير فى الارض غالبا طلبا للربح وفى الشريعة عبارة عن عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتى فى الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه هى فى الشريعة عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا (أقول) فيه فتور اذ الظاهر ان المضاربة فى الشريعة ليست نفس الدفع المزبور بل هى عقد يحصل قبل ذلك أو معه وركنها الايجاب والقبول بالفاظ تدل عليها مثل أن يقول رب المال دفعت هذا اليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فهو بيننا على كذا ويقول المضارب قبلت أو ما يؤدى هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكر فى أثناء المسائل قال فى العناية وشروطها نوعان صحيحة وهى ما يبطل العقد بفواته وفاسدة تفسد فى نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتى ذكر ذلك اه (أقول) فيه قصور لان الشروط الفاسدة أيضا نوعان نوع يفسد العقد أيضا ونوع يفسد فى نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه ههنا فى النهاية وسيأتى التصريح به فى الكتاب أيضا وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة فى النوع الثانى منها فكانت قاصرة وحكمها الايداع والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما أشير اليه فى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها على ما فصل فى النهاية قال فى العناية وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (أقول) فيه خلل أما أولا فلأن حكمها عند الدفع هو الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه فى كثير من المعتبرات حتى المتون ألا ترى الى ما قال فى الوقاية وهى ايداع أولا وتوكيل عند عمله وشركة ان ربح وأما ثانيا فلأنه لم يذكر الايداع عند بيان حكمها وهو حكم لها أيضا يثبت بها أولا على ما صرح به فى عامة الكتب وقال فى الكافى والكفاية وحكمها أنواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب (أقول) فيه أيضا خلل لان معنى الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب انما يتحقق اذا خالف المضارب فكان متعديا كما سيأتى

جميع التركة استحسانا كان يجب أن يقسم الكل بينهم الا أنه لا يقسم قدر الدين حتى لا يحتاج الى نقض قضائه والله أعلم

(كتاب المضاربة)

هى مفاعلة من ضرب فى الارض اذا سار فيها ومنه قوله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله يعنى بالضرب السفر للتجارة وفى الشرع عبارة عن عقد الشركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر وركنها الايجاب والقبول كما اذا قال رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة أو معاملة بالنصف ويقول المضارب قبلت أو ما يؤدى هذا المعنى مثل أن يقول خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله تعالى من

الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه ووجه القياس ان التركة لا تخلو عن قليل الدين فتقسم نفيا للضرر عن الورثة والله أعلم

(كتاب المضاربة)

قد ذكرنا وجه المناسبة فى أول الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة (والمضاربة مشتقة من الضرب فى الارض وسمى هذا العقد بها

(كتاب المضاربة)

لان

لان المضارب يسير فى الارض غالبا طلبا للربح) قال الله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله وفى الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا (ومشروعيتها للحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غبى عن التصرف فيه وبين مهتد فى التصرف صفر اليد) أى خالى اليد عن المال فكان فى مشروعيتها انتظام مصلحة الغبى والذكى والفقير والغنى وفى الحقيقة راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل دفعت اليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال أو اعمل به على ان ما رزق الله فكذا وشروطها نوعان صحيحة وهى ما يبطل العقد بفواته وفاسدة فى نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتى ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (قوله وبعث النبى صلى الله عليه وسلم) بيان أن ثبوتها بالسنة والاجماع فانه صلى الله عليه وسلم بعث (والناس يباشرونه فقررهم) على ما روى أن العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحرا وان لا ينزل به واديا ولا يشترى به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرير النبى صلى الله عليه وسلم أمرا يعاينه من أقسام السنة على ما علم (وتعاملت به الصحابة) من غير نكير فكان اجماعا قال (ثم المدفوع الى المضارب امانة فى يده الخ) المدفوع الى المضارب من المال أمانة فى يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو أمانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بامر مالكه فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزأ من المال

لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهى مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غبى عن التصرف فيه وبين مهتد فى التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبى والذكى والفقير والغنى وبعث النبى صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع الى المضارب أمانة فى يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل

وكلا الامرين ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح أن تجعل الاجارة والغصب حكما من أحكامها وحكم الشئ ما يثبت به والذى يثبت بما ينافيه لا يثبت به قطعا لا يقال ان الاجارة والغصب وان لم يصلحا أن يجعلا حكما للمضاربة الصحيحة الا أنهما يصلحان أن يجعلا حكما للمضاربة الفاسدة فمن أدرجهما فى أحكام المضاربة يريد باحكامها أحكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة لانا نقول لا شك ان ما ذكره فى قرانتهما من ركنها وشرطها وغيرهما انما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير ففى أحكامها أيضا لا بد أن يكون كذلك ولئن سلم صحة التعميم للمضاربة الفاسدة أيضا فى الاحكام فالغصب ليس من أحكام المضاربة الفاسدة أيضا لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به فى البدائع بل فى الكتاب أيضا فيما سيجئ أن يكون للعامل مثل أجر عمله ولا شك ان ليس للغاصب أجر قط لكونه متعديا فلا مجال لجعل الغصب من أحكام المضاربة فى شئ (قوله لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله) قال الشارح العينى فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيا اه (أقول) ليس هذا بشئ لان الباء فى قوله بسعيه وعمله للسببية والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ووظيفة السبب مجرد

شئ فهو بيننا نصفان أو على أن لك ربعه أو خمسه أو عشره وشرطها أن يكون رأس المال من الاثمان فلا يصح الا بالمال الذى تصح به الشركة كما مر ثمة وحكمها أنواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب (قوله وتعاملت به الصحابة رضوان الله عليهم أجعين) روى ان العباس رضى الله عنه دفع المال مضاربة وشرط على المضارب أن لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا ولا يشترى به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله عليه السلام فاستحسنه وكان حكيم بن حزام هكذا كان يشترط عند دفع المال مضاربة وروى عن عبيد الله وعبد الله ابنى عمر رضى الله عنه قدما العراق ونزلا على أبى موسى الاشعرى فقال لو كان عندى فضل مال لاكرمتكما ولكن مال من بيت المال فابتاعا به واذا قدمتما المدينة فادفعاه الى أمير المؤمنين ولكما ربحه فلما قدما على عمر رضى الله عنه قال هذا مال المسلمين فربحه لهم فسكت عبد الله وتكلم فيه عبيد الله حتى قال بعض الصحابة اجعلهما بمنزلة المضارب بين لهما نصف الربح وللمسلمين نصفه فاستصوبه عمر رضى الله عنه وعن القاسم بن محمد رحمه الله قال كان لنا مال عند عائشة رضى الله عنها وكانت تدفعه مضاربة فبارك الله لنا فيه لسعيها وكان عمر رضى الله عنه يدفع مال اليتيم مضاربة (قوله لا على وجه البدل) احترازا عن المقبوض على

بعمله وهو شائع فيشركه واذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال فى ماله فيصير ما شرط من الربح كالاجرة على عمله

(قوله وفى الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه) أقول فيه مسامحة فانها فى الاصطلاح هى العقد المخصوص (قوله وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك) أقول لعل المراد الالفاظ المستعملة (قوله وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح) أقول قال صاحب الكافى المضارب أمين أولا لانه قبض المال باذن مالكه لا على جهة المبادلة والوثيقة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه بدلا وبخلاف الرهن لانه قبضه وثيقة وعند الشروع فى العمل وكيل لانه يتصرف فيه له بامره حتى يرجع لما يلحقه من العهدة على رب المال كالوكيل الخ انتهى هذا يخالف ما فى الشرح من انه وكيل عند الدفع فليتامل

فلهـذا يظهر معـنى الاجارة اذا فسدت ويجب أجر المثل وذلك انما يكون فى الاجارات واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدى منه على مال غيره قال (المضاربة عقـد على الشركة الخ) هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم أن الشركة فيماذا فسره المصنف بقوله ومراده الشركة فى الربح لا فى رأس المال مع الربح أى لان رأس المال لرب المال والربح يستحق

والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزأ من المال بعمله فاذا فسـدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل أجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدى منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراده الشركة فى الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال (ولا تصح الا بالمال الذى تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة فى ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة

الايصال والافضاء الى المسبب فى الجملة لا التاثير فيه وانما التاثير وظيفـة العلة وقد عرف ذلك كله فى الاصول فتخلف استحقاق الربح عن سـعى المضارب وعمله عنـد عـدم ظهور الربح لا يخل بصحة الـكلام المذكور أصلا (قوله ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة فى ثمنه جاز لانه يقبـل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة) قال صاحب النهاية فى بيان التعليل أى لان عقـد المضاربة مشتمـل على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منهما يقبـل الاضافة الى زمان فى المسـتقبل فيجب أن يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للاضافة الى زمان فى المستقبل أيضا لئلا يخالف الكل الجزء اه واقتفى أثره صاحب العناية فى هذا البيان غير أنه قال والاجارة بالراء والاجازة بالزاى (أقول) فيه بحث أما أولا فلأن المضاربة ما لم تفسد لم تصر اجارة بالراء كما صرحوا به ومر فى الكتاب آنفا والمدعى ههنا صحة عقد المضاربة فى الصورة المذكورة والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الاجارة بالراء أصـلا بل تنافيها قطعا فلا معنى لدرجها فى تعليل صحة عقد المضاربة فى الصورة المزبورة وأما ثانيا فلأن لزوم عدم مخالفة الكل للجزء ممنوع فانا نعلم قطعا مخالفة الـكل لاجزائه الخارجية والعـقلية فى كثير من الاحكام ألا يرى أن الواحد جزء من الاثنـين والاول فرد لا زوج والثانى زوج لا فرد الى غير ذلك من المخالفات البينة على أن المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة

سوم الشراء (قوله والوثيقة) احتراز عن الرهن (قوله ولا مضاربة بدونها) أى بدون الشركة فى الربح (قوله ولا يصح الا بالمال الذى يصح به الشركة) وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أو فلوسا رائجة عند محمد رحمه الله حتى ان المضاربة بما سوى هذه الاشياء لا تجوز اجماعا وحاصله ان العروض لا تصلح لرأس المال فى المضاربة عندنا خلافا لمالك رحمه الله وكذلك المكيلى والوزنى خلافا لابن أبى ليلى وقال مالك رحمه الله المضاربة بالعروض تصح لان العرض مال متقوم يتربح عليه بالتجارة عادة فيكون كالنقد فيما هو المقصود بالمضاربة وكما يجوز بقاء المضاربة على العروض يجوز ابتداؤها بالعروض لكنا نستدل بنهى النبى عليه السلام عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بالعروض تؤدى الى ذلك لانها أمانة فى يد المضارب بما ترتفع قيمتها بعد العقد فاذا باعها حصـل الربح ويستحق المضارب نصيبه من غـير أن يدخل شئ فى ضمانه بخـلاف النقد فانه يشترى به وانما يقع الشراء بثمن مضمون فى ذمته فما يحصـل يكون ربح ما قد ضمن وقال ابن أبى ليلى هى جائزة فيما اذا كان رأس المال مكيلا أو موزونا أيضا كما فى النقود لانها من ذوات الامثال فيمكن تحصـيل رأس المال بمثل المقبوض ثم قسمة الربح بينهما وحجتنا ما ذكرنا انه يؤدى الى ربح ما لم يضمن وانه منهى (قوله لانه يقبل الاضافة) لانا ان اعتبرنا الوكالة أو الوديعة أو الاجارة فليس فى شئ من ذلك

بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها أى بدون الشركة اشارة الى انتفاء العقد بانتفائها لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضا ولا تصح المضاربة الا بالمال الذى تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عنـد أبى حنيفة وأبى يوسف أو فلوسا رائجة عند محمد وبما سواها لا تجوز وقد تقدم فى كتاب الشركة ولو دفع اليـه عرضا وقال بعه واعمـل مضاربة فى ثمنه جاز لان عقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة يعنى أنه مشتمل على التوكيـل والاجارة بالراء والاجازة بالزاى وكل منهما يقبـل الاضافة الى زمان فى المسـتقبل فيجب أن يكون عقـد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فـلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا أنه يقبل الاضافـة بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك فانه لا تجوز المضاربة بالاتفاق لـكن مع اختلاف التخريج أما عند أبى وكـذا

(قوله لئلا يخالف الكل الجزء) أقول قد سبق فى كتاب الوكالة أن الاصل فى المضاربة العموم وفى الوكالة الخصوص فيلزم مخالفة الكل الجزء (قوله واذا لم يصح كان المشترى للمشترى) أقول والاظهر أن يقال اذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل

وكذا اذا قال له اقبض مالى عـلى فلان واعمـل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له اعمل بالدين الذى فى ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند أبى حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر فى البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك فى المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة) من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما فى

والاجارة أيضا متحققة قطعا فى كثير من الاحكام منها أن الوكيـل لا يستحق الربح ولا يشترك فيـه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق الاجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس الى غير ذلك وأما ثالثا فلأن الوكالة والاجارة لا يحتملان الجزئية من المضاربة أما الوكالة فلأنهـم اتفقوا على أنها حكم من أحكام المضاربة ولا شك أن حكم الشئ خارج عنه مترتب عليه لا ركن داخل فيه وأما الاجارة فلأنها أيضا حكم من أحكامها على ما ذكره البعض وشئ مناف لصحتها مضاد لها على مقتضى التحقيق كما مر وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منها فحديث الجزئية فى تمشية التعليل المزبور مما لا وجه له ولم أر أحدا حام حوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه فى تمشية ذلك تقرير صاحب الكافى حيث قال لانه لم يضف المضاربة الى العرض وانما أضاف الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الى زمان فى المسـتقبل يجوز لانه وكالة أو وديعة أو اجارة وليس فى شئ من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى زمان فى المستقبل اه نعم فيه أيضا شئ مما مر وهو أن المضاربة اجارة بعد فسادها الا فى حال صحتها فلا معنى لدرج الاجارة فى تعليل صحتها فى الصورة المزبورة اللهم الا أن يكون درجها فيه على سبيل المبالغة كانه قيل ليس فى عقد المضاربة ما يمنع عن الاضافة الى زمان فى المستقبل لا فى حال صحته ولا بعد فساده فتامل ثم أقول بقى لى بحث قوى فى هذا المقام وهو أنهم اتفقوا على أن المضاربة ايداع ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح وقد صرحوا فى محله بان ما لا يصح اضافته الى زمان فى المستقبل تسعة وعدوا منها الشركة فاذا لم تصح اضافة الشركة الى زمان فى المسـتقبل فقد وجد فى المضاربة ما يمنع صحة الاضافة الى ذلك وهو الشركة فينبغى أن لا يصح عقد المضاربة فى الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع اذ لا ريب أن ارتفاع منع أمور لا يجدى عند تحقق مانع آخر (قوله لان عند أبى حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر فى البيوع) واذا لم يصح هذا التوكيل كان المشترى للمشـترى والدين بحاله فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح كذا فى العناية والنهاية قال بعض الفضلاء الاظهر أن يقال اذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الـكل اه (أقول) قد مر منا أن حـديث كون الوكالة جزأ من المضاربة ليس بصحيح فانهم صرحوا بان الوكالة حكم من أحكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب فى مال المضاربة لا قبله فلا مجال لان تكون جزأ منها فلا بد فى بيان بطلان المضاربة فى الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند أبى حنيفة من المصير الى ما ذكره صاحب العناية والنهاية نعم انهما قالا أيضا بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما أصابا فى ترك

ما يمنع صحة الاضافة الى وقت فى المسـتقبل فتكون المضاربة مضافة الى ثمن العروض والثمن يصح به المضاربة وكـذا قوله اقبض مالى عـلى فـلان لانه أضاف المضاربة الى حالة القبض وفى تلك الحالة يصـير الدين عينا وانما شرط كون رأس المال عينا لان المضاربة لاستعمال المال وانما يتصور ذلك فى العين ولان المضارب امين ابتداء ولا يتصور ان يكون امينا فيما عليه من الدين مضمون على المديون (قوله على ما مر فى البيوع) أى بيوع الوكالة وهى باب الوكالة بالبيع والشراء من كتاب الوكالة وهو قوله ومن له على آخر ألف فامره ان يشترى بها هذا العبد الى آخره فعلى هذا معنى قوله اعمل بالدين الذى فى ذمتك أى اشتر بالدين عليك ما بدا لك من المتاع ثم بعه بالنصف فهذا فاسد لان صحة المضاربة بان يكون رأس المال عينا ولم يوجـد ذلك عند العقد ولا بعده فالمديون لا يكون قابضا للدين من نفسه لصاحبـه وصاحب الدين لا يملك ان يبرئه عن الضمان مع بقائه بدون القبض واذا لم تصح المضاربة فما اشتراه المديون فهو له ولا شئ لرب المال منه عند أبى

حنيفة فلان هذا التوكيل لا يصح على ما مر فى البيوع أى فى باب الوكالة فى البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر ألف درهم فامره أن يشترى بها هذا العبد الخ واذا لم يصح كان المشترى للمشترى والدين بحاله واذا كان المشترى للمشـترى كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح وأما عندهـما فلان التوكيل يصح ولـكن يقع الملك فى المشـترى للآمر فيصـير مضاربة بالعـرض وذلك لا يجوز قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا الخ) ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه أن لا يستحـق أحدهما دراهم من الربح مسمـاة لان شرط ذلك ينافى الشركة المشروطة لجوازها والمنافى لشرط جواز الشئ مناف له واذا ثبت أحـد المتنافيـين انتفى الآخر كما اذا ثبت الوجود انتفى العدم

ثم فسر ذلك بقوله (فان شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة وهذا) أى وجوب أجر المثل (لانه) عمل لرب المال بالعقد و(ابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينله لفساد العقد) ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد (و) ليس ذلك فى الربح (لكونه لرب المال لانه نماء ملكه) فتعين أجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك فى كل موضع فسدت المضاربة (ولا

عقد الشركة قال (فان شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة فى الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم فى كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبى يوسف خلافا لمحمد كما بينا فى الشركة ويجب الاجر وان لم يربح فى رواية الاصل لان أجر الاجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد وعن أبى يوسف أنه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال فى المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك

ذلك ههنا (قوله فان شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) ذهب عامة الشراح الى أن هذا تفسير للمسئلة المتقدمة والفاء فى قوله فان شرط للتفسير وزيادة عشرة أى على ما شرطا كالنصف والثلث فله أى فللعامل (أقول) فيه نظر لان هذه المسئلة التى هى مسئلة الجامع الصغير لا تصلح أن تكون تفسيرا للمسئلة المتقدمة التى هى مسئلة مختصر القدورى لوجهين أحدهما أن المسئلة الاولى أعم من المسئلة الثانية لان اشتراط دراهم مسماة لاحدهما يتمشى فى صور متعددة مذكورة فى معتبرات الفتاوى كالبدائع والذخيرة وغيرهما منها ان شرطا أن يكون لاحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقى للآخر ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح أو ثلثه الا عشرة دراهم ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح أو ثلثه وزيادة عشرة وفى كل ذلك تفسد المضاربة بناء على أن كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة فى الربح لانه ربما لا يربح الا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به وأما اشتراط زيادة عشرة فانما يتمشى فى صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الاخص مفسرا للاعم وثانيهما أن حكم المسئلة الاولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما وحكم المسئلة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يكون أحد المتخالفين فى الحكم مفسرا للآخر فالحق عندى أن الفاء فى قوله فان شرط زيادة عشرة للتفريع والمقصود بالمسئلة الاولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لاحد المتعاقدين وبالثانية بيان ان حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل فكأنه قال اذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما فاعلم أن حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل الا أنه ذكر فى التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هى المذكورة فى الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف أن لا يغير المسئلة التى أخذها من الجامع الصغير أو من مختصر القدورى ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة بان قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو الحكم فى كل موضع لم تصح المضاربة (قوله وعن أبى يوسف أنه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها) فان قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوى لابى يوسف رحمه الله فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبدا من العقد الصحيح من جنسه كما فى البيع الفاسد قلت

حنيفة رحمه الله فدينه عليه بحاله وفى قولهما ما اشترى فهو لرب المال والمضارب برىء من دينه وله على رب المال أجر مثله فيما عمل وهو بناء على مسئلة كتاب البيوع (قوله وان شرط زيادة عشرة) هذا تفسير للمسئلة المتقدمة يعنى اذا قال على ان ما رزق الله فى ذلك من شىء فللمضارب منه عشرة والباقى من الربح بيننا نصفان فهذه مضاربة فاسدة لان هذا الشرط يوجب قطع الشركة بينهما فى الربح مع حصوله وربما لا يربح الا مقدار العشرة (قوله ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبى يوسف رحمه الله) يعنى بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك تغيير المشروع فجرى وجوده مجرى عدمه (قوله كما بينا فى كتاب الشركة) أى فى شركة الاحتطاب والاحتشاش (قوله اعتبارا بالمضاربة الصحيحة) لان العقد الفاسد يؤخذ حكمه ابدا من

تجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبى يوسف) قيل والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشر المشروطة لان ذلك تغيير المشروع وكان وجوده كعدمه (وقال محمد يجب) بالغا ما بلغ (كما بينا فى الشركة ويجب الاجر وان لم يربح فى رواية الاصل لانه أجير وأجرة الاجير تجب بتسليم المنافع) كما فى أجير الوحد فان فى تسليم نفسه تسليم منافعه (أو) بتسليم (العمل) كما فى الاجير المشترك (وقد وجد) ذلك (وعن أبى يوسف لا يجب) له شىء اذا لم يربح (اعتبارا بالمضاربة الصحيحة) فانه فيها اذا لم يربح لا يستحق شيأ (مع أنها فوق الفاسدة) ففى الفاسدة أولى فان قيل ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فانه قوى فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما فى البيع الفاسد أجيب بان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد

(قوله ثم فسر ذلك بقوله فان شرط الخ) أقول فيه اشارة الى أن الفاء تفسيرية (قوله والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة) أقول فى القاموس وراء مثلثة الآخر مبنية والوراء مهموز لا معتل ووهم الجوهرى ويكون خلف وأمام ضد ويؤنث انتهى فوراء ههنا بمعنى القدام والمراد بما وراء العشرة ما شرط من الربح لاحدهما من الثلث والنصف اذ العشرة زيادة على ما شرط من الشركة فى الربح (قوله لان ذلك تغيير المشروع) أقول أى شرط العشرة

اعتبارا

مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة فى استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال فى يده فله أجر مثله فيما عمل والمال فى المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين

اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستأجرة فى يده

جوابه هو ان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة فى استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال فى يده فله أجر مثله فيما عمل كذا فى النهاية والعناية وعزاه صاحب العناية الى المبسوط (أقول) مقتضى هذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة فى شىء من الاحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة فى حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف متصلا بما نحن فيه حيث قال والمال فى المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة نعم يمكن اثبات ذلك الحكم بدليل آخر ما آله الى اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المصنف أيضا بقوله ولانه عين مستأجرة فى يده لكن الكلام فى جعلهم اعتبارها بالمضاربة الصحيحة دليلا مستقلا عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافى وغيرهما فتامل ثم ان بعض الفضلاء رد على صاحب العناية فى قوله وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة بانه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة (أقول) انما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال صحته التوكيل والاجارة معا وأما اذا كان مراده بذلك ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الاجارة بعد فساده فلا مخالفة بين كلاميه والظاهر هو الثانى لكونه موافقا لما صرحوا به (قوله ولانه عين مستأجرة فى يده) وفى بعض النسخ عين مستأجر يعنى أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كاجير الوحد كذا فى الشروح قال بعض الفضلاء فيكون مستأجرة فى قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هى له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى انتهى (أقول) فيه ان قولهم سيل مفعم مما بنى للمفعول وأسند للفاعل اذ المفعم اسم مفعول من أفعمت الاناء ملأته وقد أسند الى الفاعل لان السيل هو المالئ لا المملوء بخلاف ما نحن فيه فان رأس المال ليس بفاعل للاستئجار قطعا كما انه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذلك اللهم الا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سيل مفعم أو هو من قبيل الاسناد المجازى مطلقا الا انه من قبيل خصوص الاسناد الواقع فيه فحينئذ يجوز كما أشار اليه تاج الشريعة فى شرح هذا المقام حيث قال المستأجر فى الحقيقة انما هو المضارب لكن سمى العين مستأجر العمل لمضارب فيه اه ثم ان جماعة من الشراح قالوا وهذا التعليل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث انه أجير لا يمكن له أن يؤاجر نفسه فى ذلك الوقت

العقد الصحيح من جنسه كما فى البيع الفاسد ووجه ظاهر الرواية ان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة لا شركة وانما اعتبر الفاسد بالصحيح فى حكم عدم الضمان لان الاجارة توافق الشركة فى حكم عدم الضمان (قوله ولانه عين مستأجر فى يده) أى ولانه عين استأجر المضارب ليعمل به فلا يكون مضمونا عليه كاجير الوحد وكمن استأجر رجلا ليعمل المستأجر فان مر فى يد الاجير كانه عين مستأجر حتى اذا هلك لا ضمان عليه فكذلك ههنا وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه ضامن للمال وقيل المذكور فى الكتاب قول أبى حنيفة رحمه الله وهو بناء على اختلافهم فى الاجير المشترك اذا تلف المال فى يده من غير صنعه وعندهما هو ضامن اذا هلك فى يده بما يمكن التحرز عنه فكذلك الحكم فى كل مضاربة فاسدة وهذا قول الطحاوى رحمه الله وما ذكر فى الكتاب بان المال فى المضاربة غير مضمون بالهلاك قول الفقيه أبى جعفر الهندوانى والفرق لهما بين الاجير المشترك و بين المضارب فى المضاربة الفاسدة على قول الفقيه ابى جعفر ان مال المضاربة الفاسدة غير مضمون بالاتفاق

أحدهما الاعتبار بالصحيحة والثانى ان رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره ولا يضمن كاجير الوحد وهذا التعليل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث انه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه فى ذلك الوقت لآخر لان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين فى الوقت الواحد كما لا يمكن أجير الوحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين فى الوقت الواحد وهذا قول أبى جعفر الهندوانى وقيل المذكور ههنا قول أبى حنيفة وعندهما هو ضامن اذا هلك فى يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوى وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الاجير المشترك لان له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير المشترك لا يضمن اذا تلف المال فى يده من غير صنعه عند أبى حنيفة خلافا لهما قال الامام الاسبيجابى فى شرح الكافى والاصح انه لا ضمان على قول الكل لانه أخذ المال بحكم المضاربة والمال فى يد المضارب صحت أو فسدت أمانة لانه لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة فقد قصد أن يكون أمينا وله

(قوله تنعقد شركة لا اجارة) أقول يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة فليتامل (قوله والثانى ان رأس المال عين استؤجر المضارب) أقول فيكون مستاجرة فى قول المصنف عين مستاجرة صفة جرت على غير من هى له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى (قوله وهذا التعليل يشير الى أن المضارب) أقول فى وجه الاشارة خفاء لا يخفى فليتامل (قوله لان العين الواحد الخ) أقول فيه تامل

ولاية جعله أمينا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأمر جلي فقال (وكل شرط يوجب جهالة في الربح) كما اذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرط أن يدفع المضارب داره الى رب المال ليسكنها

وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها و يبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب

لآخر وقال صاحب العناية والنهاية منهم في تعليل ذلك لان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستاجرا لمستاجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن لاجير الوحد أن يؤجر نفسه لمستاجرين في الوقت الواحد انتهى (أقول) فيه بحث لانه ان أريد بالعين الواحد في قولهما لان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستاجرا لمستاجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم ان نفسه لا يتصور أن يكون مستاجرا لمستاجرين في الوقت الواحد لان الاجارة اذا كانت عقدا على العمل لا على المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستاجرا لكثير من المستاجرين في وقت واحد كالقصار و راعي الغنم للعامة ونحوهما من الاجير المشترك لامكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستاجرا لا كثر من واحد بخلاف أجير الوحد فان الاجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يؤجر نفسه لآخر في الوقت الواحد كما تقرر في محله وان أريد بالعين الواحد في قولهما المزبور رأس المال فسلم أن ذلك لا يتصور أن يكون مستاجرا لمستاجرين في وقت واحد أي أن يكون في يد كل واحد منهما يعملان به في وقت واحد ولكن هذا لا يقتضي أن يكون المضارب بمنزلة أجير الوحد لجريان هذا المعنى في كل أجير مشترك فان ما يعمل به من الاعيان لا يتصور أن يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لامتناع وقوع شيء واحد في محلين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التقريب (قوله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها و يبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب) قال في النهاية فان قلت هذا الكلي منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد فان هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لان هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا تفسد المضاربة لانه غير الذي يوجب جهالة في الربح قلت نعم كذلك الا أنه يحتمل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد وأما اذا كان شرطا يمنع موجب العقد يفسد العقد لان العقد انما شرع لاثبات موجبه انتهى (أقول) هذا الجواب لا يشفي العليل ولا يجدي طائلا لان كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسد لما هو المقصود في المقام اذ المقصود ههنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة فعلى تقدير أن يكون المراد

والذي عند الاجير المشترك مضمون عندهما وان المضاربة متى فسدت فهي اجارة معنى من حيث ان المضارب يبتغي بعمله عوضا (قوله مع انها فوقها) أي في امضاء حكمها وفي استحقاق الربح (قوله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده) لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد نحو ان يعقد عقد المضاربة بشرط ان يدفع المضارب أرضه سنة الى رب المال ليزرعها رب المال أو يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله واجرة الدار فصار حصة العمل مجهولة فلم يصح بخلاف ما اذا عقد عقد المضاربة بشرط ان يدفع رب المال أرضه الى المضارب يزرعها سنة أو على ان يسكن داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة لانه الحق بها شرطا فاسدا فبطل الشرط كذا في الايضاح وكذلك لو ورد في الربح أيضا تفسد المضاربة نحو ان يقول بشرط ان يكون لك ثلث الربح أو نصفه للجهالة في الربح (قوله كاشتراط الوضيعة على المضارب) الوضيعة اسم لجزء هالك من المال وكذلك اشتراط الوضيعة

أوأرضه سنة ليزرعها (فانه يفسد العقد لاختلال مقصوده) وهو الربح وفي الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل وأجرة الدار والارض وكانت حصة العمل مجهولة (وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها و يفسد الشرط كاشتراط الوضيعة على رب المال) أو عليهما والوضيعة اسم لجزء هالك من المال ولا يجوز أن يلزم غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم تفسد المضاربة بقيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله

(قوله وكانت حصة العمل مجهولة) أقول فان قيل هذه جهالة لا تفضي الى النزاع فينبغي أن لا تكون مفسدة قلنا العلة افسادها من حيث جواز أن لا يحصل له من الربح الا قدر أجرة الدار والارض فلا توجد الشركة فيه اذ لم يتعين انه أجرة الدار وحصة من الربح فهذا معنى قوله فيكون حصة العمل مجهولة فليتامل (قوله والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أقول فيه بحث فان هذا الكلام وان كان صحيحا في نفسه لكن لا يناسب هذا المقام لان المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة و يفسد الشرط فليتدبر قل

بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه قال (ولا بد أن يكون رأس المال مسلما الى

قال (ولا بد أن يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه) لان المال أمانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له و بقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب والوصي لانهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال (واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع و يشتري و يوكل و يسافر و يبضع و يودع) لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد

بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجا عن قسمي هذا الاصل فلا يتحقق الانضباط فلا يتم المقصود وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه انتهى كلامه (أقول) مضمون هذا الجواب وان لم يكن فاسدا في نفسه الا أنه مفسد لمعنى المقام لان معنى القسم الثاني من الاصل المذكور على ما صرحوا به هو ان غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة و يبطل الشرط وقد أشار اليه المصنف بقوله كاشتراط الوضيعة على المضارب فان الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة وقد كان اعترف به صاحب العناية أيضا حيث قال أولا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأمر جلي فقال وكل شرط يوجب جهالة في الربح الخ ولا شك أن المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى (قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع و يشتري و يوكل و يسافر و يبضع و يودع) فسر أكثر

عليهما يفسد أيضا (قوله وشرط العمل على رب المال مفسد) حكى القاضي الامام عاصم العامري عن الفقيه محمد بن ابراهيم الضرير رحمه الله اذا شرط رب المال لنفسه ان يتصرف في المال بانفراده متى بدا له وان يتصرف المضارب في جميع المال بانفراده متى بدا له جازت المضاربة وانما لا يجوز شرط عمل رب المال مع المضاربة اذا شرط العمل جملة لانه حينئذ لا يصير المال مسلما الى المضارب كذا في الذخيرة (قوله أو غير عاقد كالصغير) كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا عمل الصغير لان الصغير اذا كان مالكا كانت يده على المال بجهة الملك كالكبير فبقاء يده يمنع كونه مسلما الى المضارب (قوله كالمأذون) اذا دفع المأذون ماله مضاربة وشرط عمله مع المضارب لم يجز لان يد التصرف ثابتة له في هذا المال و يده يد نفسه فينزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان يأخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما أي اشتراطه العمل عليهما بجزء من المال أي بجزء من الربح لان كل مال يجوز ان يكون المرء فيه مضاربا وحده جاز ان يكون فيه مضاربا مع غيره وهذا لان تصرف الاب أو الوصي واقع للصغير حكما بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فتشترط التخلية من قبل الصغير لانه رب المال وقد تحققت (قوله مطلقة) أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة

المضارب الخ) لا بد أن يكون رأس المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه بتصرف أو عمل لان المال أمانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخلص وأما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود وسواء كان رب المال عاقدا أو غير عاقد كالصغير اذا دفع وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز لان يد المالك ثابتة له و بقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وان لم يكن عاقدا واذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فاما أن يكون من أهل المضاربة في ذلك المال أو لا فان كان الاول كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل مع المضارب جازت لانهما من اهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة فكانا كالاجنبي فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزا وان كان الثاني كالمأذون يدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فنزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربة والله أعلم قال (واذا صحت المضاربة مطلقة الخ)

المراد بالمطلق مالا يكون مقيدا بزمان ولامكان نحوان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب أن يبيع نقدا ونسيئة ويشترى مابداله من سائر التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد باطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ماهو صنع التجار لكونه مفضيا الى المقصود فيوكل و يبضع ويودع لانها من صنيعهم و يسافر لان المسافرة أيضا من صنيعهم ولفظ المضاربة مشتق من الضرب فى الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن أبى يوسف أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبى حنيفة أنه ان دفع اليه فى بلد المضارب ليس له أن يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه فى غير بلده له أن يسافر الى بلده لانه هو المراد فى الغالب اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما أعطاه عالما بغربته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه فظاهر الرواية ماذكر فى الكتاب ويدل عليه قوله والمسافرة يعنى أنها من صنع التجار (ولا يجوز للمضارب أن يضارب الا أن ياذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لان الشئ لا يتضمن مثله) ولا يرد جواز اذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستأجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لان المضاربة تضمنت الامانة أولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره والجواب عن البواقى سيجىء فى مواضعها (بخلاف الايداع والابضاع لانهما دونه فيتضمنهما وبخلاف الاقراض فانه لا يملك به وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ماهو المقصود وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة على القرض أما الدفع مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فمن صنيعهم فيجوز أن يدخل تحت هذا القول) يعنى قوله اعمل برأيك فان قيل اذا كانت المضاربة

صنوف التجارة وماهو من صنيع التجارة والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب فى الارض وهو السير وعن أبى يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبى حنيفة رحمهما الله أنه ان دفع فى بلده ليس له أن يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع فى غير بلده له أن يسافر الى بلده لانه هو المراد فى الغالب والظاهر ماذكر فى الكتاب قال (ولا يضارب الا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك) لان الشئ لا يتضمن مثله لتساويهما فى القوة فلابد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك أن يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول

الشراح المضاربة المطلقة ههنا بان لا تكون مقيدة بزمان ولامكان (أقول) هذا تقصير منهم جدا لانها اذا لم تكن مقيدة بزمان ولامكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجز للمضارب أن يتجاوزها كما سيأتى وقال بعض من الشراح فى تفسير المضاربة المطلقة ههنا أى غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة (أقول) فيه أيضا نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه فى هذا التفسير أيضا مع أنها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتى فى الكتاب فالاولى فى تفسيرها أن يقال مالم تقيد بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال فى الذخيرة والمحيط اذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة وله أن يشترى بها مابداله من سائر التجارات وله أن يعمل بها ماهو من عادات التجار انتهى (قوله ولا يضارب الا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لان الشئ لا يتضمن مثله) قال صاحب العناية ولا يرد جواز اذن المأذون لعبده

(قوله وعن أبى يوسف رحمه الله أنه ليس له ان يسافر به) هذا فيما له حمل ومؤنة بناء على قوله فى الوديعة كذا فى المبسوط (قوله وان دفع فى بلده) أى فى بلد المضارب (قوله لانه هو المراد فى الغالب) لان الظاهر والغالب ان الانسان يرجع الى وطنه ولا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه مع علمه انه غريب فى هذا الموضع كان ذلك منه الدليل على الرضا بالمسافرة بالمال عند رجوعه الى وطنه (قوله لان الشئ لا يتضمن مثله) هذا بخلاف المستعير والمكاتب فانهما يملكان الاعارة والكتابة لان الكلام فى التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية لا بحكم النيابة اذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلابد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق اليه (قوله فلا يحصل به الغرض وهو الربح) أى بالقرض لان المقبوض بحكم القرض مضمون بمثله لا يتصور فيه زيادة بشرط أو غيره وهذا بخلاف الابداع فان المضارب يملكه وان لم يحصل به الربح لان فى الايداع حفظ المال وهو من صنيع التجار (قوله فيدخل تحت هذا القول) أى تحت قوله اعمل برأيك

(قوله لان المضاربة تضمنت الامانة أولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل) أقول بخلاف المأذون لان الثابت بالاذن فك الحجر ثم العبد بعد ذلك يتصرف بحكم المالية الاصلية ولما كان كذلك كان فك الحجر عن التجارة بمنزلة اسقاط الملك عن العبد بالاعتاق لان

من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بهما تعذرت جهة الجواز فينبغى أن يترجح على جهة العدم أجيب بان كلا من جهتى الجواز والعدم صالح للعلية فلا يترجح غيرها بها كما عرف (وان خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه أو سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لانه توكيل) والتوكيل فى شئ معين يختص به (وفى التخصيص) فى بلد بعينه (فائدة) من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفى عدم استحقاق النفقة فى مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيرا لما هو المقصود وهو الربح (وليس له أن يبضع من يخرجها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره فان خرج به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشترى وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف أمره) فصار غاصبا (وان لم يشتر ورده الى البلد الذى عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه فى يده بالعقد السابق) فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بانه على هذه الرواية وهى رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والفرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فانه ازالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج (واذا اشترى ببعضه فى المصر الذى عينه وأخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى الذى عينه كان المردود والمشترى فى المصر على المضاربة لما قلنا) من البقاء فى يده بالعقد السابق وأما اذا اشترى ببعضه فيه وببعض آخر فى غيره فهو ضامن لما اشتراه فى غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه فى ذلك القدر والباقى على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفاء حكم

قال (وان خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه أو فى سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) لانه توكيل وفى التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال (فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن) وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير أمره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهى التى عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف فى الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه فى يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه فى المصر كان المردود والمشترى فى المصر على المضاربة لما قلنا

وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستأجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لان المضاربة تضمنت الامانة أولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه (أقول) الظاهر أن قوله لان المضاربة تضمنت الامانة الخ تعليل لقوله ولا يرد جواز اذن المأذون الخ لكنه منظور فيه لان حاصله اقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره بتضمن المضاربة الامانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الايداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصورة المزبورة على الدليل المذكور فى الكتاب وهو قوله لان الشئ لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوجه فى الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر فى بعض الشروح من أن الكلام فى التصرف نيابة وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية أما المأذون فلأن الاذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الاصلية وأما المكاتب فلانه صار حرا يدا وأما المستأجر والمستعير فلأنهما ملكا المنفعة (قوله ورجع المال مضاربة على حاله) قال صاحب العناية فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بانه على هذه الرواية وهى رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والفرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فانها ازالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج اه (أقول) قوله انه رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء مخالف لما حققه المصنف وغيره فيما سيأتى من ان شرط الشراء فى رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لا لاصل وجوبه وانما وجوبه بنفس الاخراج اذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير أيضا فالحق فى الجواب أن يكتفى بان يقال ان المضاربة زائلة بالاخراج زوالا موقوفا فاذا لم يشتر ورد المال الى البلد الذى عينه

(قوله وان خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه) هذا احتراز عن سوق بعينها فان ذلك غير مفيد حتى جاز له ان يتجاوز التى عينها الا اذا صرح بالتخصيص بطريق النهى فقال لا تعمل فى غير هذه السوق فيتخصص (قوله وفى التخصيص فائدة) وهى صيانة ماله عن خطر الطريق وصيانة ماله عن خيانة المضارب حيث امكنه المنع عنها واختلاف الاسعار باختلاف البلدان والمضارب مادام فى المصر لا يستحق النفقة فى مال المضاربة (قوله واشترى ببعضه) أى وقد كان اشترى ببعضه فى المصر الذى عينه (قوله لما قلنا)

فك الحجر عبارة عن اسقاطه ثم المعتق بعتق عبده فكذلك المأذون يأذن عبده فلا يخفى عليك ما فى تقرير الشارح من القصور (قوله والجواب عن البواقى سيجىء فى مواضعها) أقول أى من موادّ النقض بين الجواب حتى يحيل بالجواب عن البواقى كما سيجىء فليتأمل (قوله أجيب بان كلا من جهتى الجواز صالح للعلية فلا يترجح غيرها بها) أقول الاظهر فلا يترجح أحدهما بالاخرى (قوله وفى التخصيص فى بلد بعينه) أقول فى تخصيصه بالبلد كلام والظاهر هو التعميم للسلعة أيضا فان السلعة متفاوتة بكون رغبة الناس الى بعضها أكثر

المضاربة فيما بقي وفيه نظر لان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقة موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد أشرنا الى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط قال المصنف (والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء) يعني في الجامع الصغير (للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالحجر والولاية اليه) ونوقض بما لو قال على أن تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على أصل وهو أن القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون

ثم شرط الشراء بها ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل

رب المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى أصلها والعقد انما لا يرجع الا بالتجديد فيما اذا زال زوالا مقطوعا غير موقوف على شيء (قوله الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه) قال في معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر في الذخيرة انه لو قال بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفا مع صريح النهي اذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت قلنا هذا مخالفة بالخير فلا يكون مخالفة خلافا لزفر وهذا كما لو وكله بان يبيع عبده بالف فباعه بالفين يجوز عندنا خلافا لزفر لانه مخالفة بالخير اهـ (أقول) في كل واحد من السؤال والجواب خبط أما في الاول فلأن قوله أو على العكس غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لا في الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية وأما في الثاني فلأن قوله هذا المخالفة بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الاشكال لانه اذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما اذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخير أيضا وهذا ظاهر جدا فالصواب أن يطرح حديث العكس في السؤال كما فعله غيره (قوله ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا الخ) يعني ان معنى التخصيص يحصل بان يقول كذا وكذا بهذه الالفاظ ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الالفاظ وما لا يفيد ذلك منها وجملة ذلك على ما عينوا ثمانية ستة منها تفيد التخصيص فتعتبر شرطا واثنان منها لا تفيده فتعتبر مشورة والضابط في التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو أن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلفظ به ابتداء ويصح متعلقا بما قبله يجعل متعلقا به لئلا يلغو ومتى ذكر عقيبها ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقا بما قبله لانتفاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكرها هنا في جملة الشروح والكافي (أقول) فيه شيء وهو انهم اتفقوا على ان قول رب المال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة برفع تعمل وبجزمه من تلك الالفاظ الستة التي تفيد التخصيص

اشارة الى قوله ابقائه في يده بالعقد السابق (قوله الا اذا صرح بالنهي) لان الدلالة لا تعارض الصريح وهذا كوضع المائدة بين قوم يكون اذنا بالتناول اما اذا صرح بالنهي لا يباح التناول (قوله ومعنى التخصيص ان يقول) ما يفيده التخصيص من الالفاظ الستة دفعت اليك المال مضاربة على ان تعمل به

وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم والثاني كصورة النقض فان البيع نقدا بثمن كان ثمن النسيئة خير ليس الا فكان التقييد مضرا وأما الثالث فكالنهي عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان البلدان أماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له أن يحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار أيضا باختلاف أماكنه وغير مفيد من وجه وهو أن المصر مع تباين أطرافه جعل كمكان واحد كما اذا شرط الايفاء في السلم بان يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولم يعتبر عند السكوت عنه والله أعلم قال (ومعنى التخصيص الخ) ذكر ألفاظا تدل على التخصيص وتقرير كلامه ومعنى التخصيص يحصل بان يقول كذا وكذا أي بهذه الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وجملة ذلك ثمانية ستة منها تفيد التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة والضابط تمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو ان رب المال اذا أعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به لئلا يلغو واذا أعقبه ما يصح الابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا أو في مكان كذا أو قال خذه تعمل به في الكوفة بجزم وما ورفوعا وكلام المصنف يحتملهما أو قال فاعمل به في الكوفة كذا

(قوله وغيره) أقول أي غير المفيد (قوله كذلك لغو) أقول أي من كل وجه (قوله فان البيع نقدا بثمن كان ثمن النسيئة) أقول جملة كان صفة بثمن واسم كان ضمير راجع اليه وقوله ثمن النسيئة خبر كان

أو قال خذه بالنصف بالكوفة أو قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكره المصنف لان قوله تعمل به بالرفع يغطي معناه فقد أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به حيث لا يصح أن يبتدئ بقوله على أن تعمل كذا أو بقوله تعمل بالكوفة أو بغيرهما وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقا بما تقدم فجعل قوله على أن تعمل شرطا والمقيد منه معتبر وهذا يفيد صيانة المال في المصر وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لان الفاء فيها للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق ويقتضي الالصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو ان يكون العمل فيها واذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو أو به فقد أعقب ما يصح الابتداء به أما بغير الواو فواضح وأما بالواو فلانه مما

كذا أو في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له أو قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق أما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع

مع انه يصح الابتداء بتعمل مرفوعا على أن يجعل كلاما مستأنفا كما يصح الابتداء باللفظين اللذين حصروا فيهما ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير الواو فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغي أن يكون قوله تعمل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص أيضا فتامل (قوله أما اذا قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة) فان قيل لماذا لم تجعل الواو للحال كما في قوله أدوا الي ألفا وأنت حر قلنا لانه غير صالح للحال ههنا لان حال

بالكوفة أو تعمل بالرفع أو فاعمل به بالكوفة أو قال دفعت اليك مضاربة بالنصف بالكوفة وما لا يفيد لفظان دفعت اليك مضاربة بالنصف واعمل بالكوفة أو قال اعمل بالكوفة فالضابطة ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل مبنيا عليه كما في الالفاظ الستة وان استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدأ كما في اللفظين الآخرين وحينئذ يكون الزيادة مشورة (قوله لانه تفسير له) لكلام المبهم يعقبه تفسيرا فالحكم لذلك التفسير وقوله فاعمل به في معنى التفسير أيضا لان الفاء للوصل والتعقيب والذي يتصل بالكلام المبهم ويتعقبه تفسير وكذلك لو قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق فيقتضي ان يكون موجب كلامه ملصقا بالكوفة وموجب كلامه العمل بالمال وانما يتحقق الصاقه بالكوفة اذا عمل بها دون غيرها اما اذا قال خذه مضاربة بالنصف واعمل به في الكوفة فله ان يعمل به حيث شاء لان الواو للعطف والشيء لا يعطف على نفسه وقد تكون للابتداء وقوله خذه مضاربة بالنصف واعمل به عطف أو ابتداء فيكون مشورة لا شرطا فان قيل لم يجعل قوله واعمل به حالا كما في قوله أدوا الي ألفا وأنت حر قلنا قوله واعمل به لا يصلح للحال بخلاف قوله وانت حر لان العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ على انا نقول الواو تستعار للحال مجازا فصار اليه للحاجة الى تصحيح الكلام والكلام صحيح هنا باعتبار الحقيقة فلا حاجة الى حملها على المجاز (قوله لان فائدة الاول التقييد بالمكان) لانه لا فائدة في تقييده باهل الكوفة لان أهل الكوفة على آراء مختلفة وطبائع متفاوتة كما كان عليه اهل سائر البلدان وهم بجملتهم لا يتفقون في حسن المعاملة فلا يفيد التخصيص بهم وفي التخصيص بالمكان فائدة صيانة المال فيقيد به

يجوز الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدأ فيجعل مشورة كأنه قال ان فعلت كذا كان أنفع فان قيل فلم لا تجعل الواو للحال كما في قوله أدوا الي ألفا وأنت حر أجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ ولو قال خذه مضاربة على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيدا لزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب والتنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول يعني من أهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا معتبر بغير

(قوله وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك) يعني غير المكان في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد ويتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاول أن يكون شراؤه من كوفي لا من غيره سواء كان بالكوفة أو بغيرها وتقريره أن مقتضى اللفظ

(قوله فجعل قوله على أن تعمل شرطا) أقول شرطا مفعول ثان لجعل (قوله وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة) أقول ويجوز أن يكون استئنافا بيانيا (قوله وأما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء به) أقول اذا كان الواو للعطف كما ذكره المصنف لا يجوز الابتداء به وان لم يكن فلا يطابق الشرح المشروح فتامل (قوله لان العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ) أقول وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر

يترك بدلالة العرف والغرف فى ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بما اولما لم يخص المعاملة فى الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الاشخاص دل على أن المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وقوله (وكذلك ان وقت للمضاربة) معناه أن التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان والله أعلم قال (وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على رب المال الخ) وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على رب المال لقرابة أوغيرها كالمحلوف بعتقه لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد أخرى وذلك لا يتحقق فى شراء القريب لعتقه فالعقد لا يتحقق فيه وفى هذا اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشراء عبد مطلقا ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرر التصرف ليس بمقصود فى الوكالة حتى لو كان مقصودا للموكل وقيد

بقوله اشترلى عبدا أبيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا ولهذا أى ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل فى المضاربة شراء مالا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل أى اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احتراز عن الصبى والعبد المحجورين فان شراءهما يتوقف على اجازة الولى والمولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع و يرجع البائع على المضارب و بين أن يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضى بمال المضاربة دينا عليه وأما شراء من يعتق على المضارب ففيه تفصيل اما أن يكون فى المال ربح أولا فان كان لم يجز له أن يشتريه لانه يعتق عليه نصيبه و يفسد نصيب رب المال لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند أبى حنيفة أو يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف فى تجزؤ الاعتاق فيمتنع التصرف فينتفى المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من المضاربة وان لم يكن فى المال ربح جاز أن يشتريهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لاشركة له فاذا ازدادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لتملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لان ازدياد القيمة وتملكه الزيادة أى نصيبه من الربح أمر حكمى لا صنع له فى ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجا وأخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاخيها شيئا لعدم الصنع منه و يسعى العبد فى قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال وحصة رب المال من الربح لانه احتبست مالية العبد عنده اعبد فيسعى العبد فيه كما فى الوراثة قال (فان كان مع المضارب ألف بالنصف الخ)

وهذا هو المراد عرفا الا فيما وراء ذلك قال (وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه) لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال (وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على رب المال لقرابة أوغيرها) لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل فى المضاربة شراء مالا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال (ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة) لان الشراء متى وجد نفاذا على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف قال (فان كان فى المال ربح لم يجز له أن يشترى من يعتق عليه) لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود (وان اشتراهم ضمن مال المضاربة) لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة (وان لم يكن فى المال ربح جاز أن يشتريهم) لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه (فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) لملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيئا) لانه لا صنع من جهته فى زيادة القيمة ولا فى ملكه الزيادة لان هذا شئ يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره (و يسعى العبد فى قيمة نصيبه منه) لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما فى الوراثة قال (فان كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوى ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة

العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ كذا فى النهاية وعامة الشروح (أقول) ينتقض هذا الجواب بما اذا قال خذ هذا المال تعمل به بالكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة

وفائدة الثانى التقييد بالنوع لانه لما لم يخص المعاملة بشخص بعينه بل خص من يعامل ذلك النوع فى معاملاته وهم الصيارفة علم بهذا ان مراده تخصيص بيع الصرف لا الشراء من الصيارفة (قوله هذا هو المراد عرفا) أى بالاول والثانى (قوله لقرابة أوغيرها) كالمحلوف بعتقه (قوله لان العقد وضع لتحصيل الربح) أى عقد المضاربة بخلاف الوكالة فان الوكيل بشراء العبد مطلقا بالف درهم ملك ان يشترى بها عبدا يعتق على موكله بالقرابة أو باليمين ولا يصير مخالفا لان الوكالة مطلقة والمضاربة مقيدة بشراء شئ يحصل فيه الربح بالبيع فاذا اشترى مالا يقدر على البيع فقد خالف حتى لو قال فى الوكالة اشترلى جارية أو عبدا بالف درهم ابيعه فاشترى عبدا يعتق عليه صار مخالفا ولا فرق بينهما حينئذ (قوله بخلاف البيع الفاسد) أى يدخل البيع الفاسد فى المضاربة كما اذا اشترى عبدا أوثوبا بخمر أو خنزير لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود (قوله على الاختلاف المعروف) أى يفسد نصيب رب المال عند أبى حنيفة رحمه الله و يعتق عندهما بناء على تجزى الاعتاق وعدمه (قوله كما اذا ورثه مع غيره) صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت وتركت زوجا وأخا (قوله و يسعى العبد فى قيمة نصيبه منه) أى من العبد وهو رأس المال ونصيبه من الربح

وان كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوى ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعى موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام فى ألف ومائتين وخمسين وان شاء أعتقه ولا يضمن المضارب شيئا وانما قيد بقوله والمدعى موسر لنفى شبهة هى ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق فى حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة

فى الظاهر لصدورها من أهلها فى محلها حملا على الفراش بالنكاح بان زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنه أى الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الام والغلام مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار أعيانا كل واحد منها يساوى رأس المال كما لو اشترى بالف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوى ألفا فانه لا يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب فى الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض بوجهين أحدهما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربحا والثانى أن المضارب اذا اشترى بالف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوى ألفا كان له ربحهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح وأجيب عن الاول بان تعينها كان لعدم المزاحم لا لانها رأس المال فان رأس المال هو الدراهم و بعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن أحدهما أولى بذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال وعن الثانى بان المراد بقوله أعيانا أجناس مختلفة والفرسان جنس واحد يقسمان جملة واحدة واذا اعتبرا جملة حصل البعض ربحا بخلاف العبدين فانهما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حاله ليكون الرقيق أجناسا مختلفة عند أبى حنيفة قولا واحدا وعندهما أيضا فى رواية كتاب المضاربة واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا برأس المال فاذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا انها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا

الغلام ألفا وخمسمائة والمدعى موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام فى ألف ومائتين وخمسين وان شاء أعتق) ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة فى الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما أعنى الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار أعيانا كل عين منها يساوى رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة

مما يفيد التخصيص وقد صرح فى النهاية ومعراج الدراية بان قوله تعمل على اعرابين بالرفع على الحال و بالجزم على جواب الامر مع ان العلة التى ذكروها فى الجواب المزبور وهى عدم صلاحية قوله واعمل به بالكوفة للحال وهى كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ جارية بعينها فى قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم أن لا يصلح للحال أيضا وان قالوا هذا حال مقدرة كما فى قوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين يرد أن يقال لم يكن الامر كذلك فى قوله واعمل به بالكوفة فلا تنحسم مادة الاشكال بذلك الجواب ثم أقول الجواب التام عن أصل السؤال الحاسم مادة الاشكال أن يقال ان قوله واعمل به بالكوفة جملة انشائية وقد تقرر فى العلوم العربية أن الجمل الانشائية لا تصلح أن تقع حالا سواء كانت مع الواو أو بدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفى على الشراح حتى تركوه وتشبثوا بما يرد عليه الاشكال والشارح العينى قد اعترض على الجواب الذى ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضا بانه لم لا يجوز أن يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما فى قوله تعالى محلقين رؤسكم ولم يزد على هذا شيأ فهو أيضا غفل عن عدم صلاحية الجمل الانشائية لان تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء تدارك ما أورده الشارح العينى وقصد توجيه الجواب الذى ذكره العامة فقال وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر فكانه أيضا غافل عن عدم صلاحية ذلك لان يقع حالا (قوله والمدعى موسر) قال الشراح وانما قيد بقوله والمدعى موسر لنفى شبهة هى ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق فى حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع

(قوله والمدعى موسر) قيد به لان ضمان الاعتاق انما يكون اذا كان المعتق موسرا ودعوة المضارب اعتاق فى حق الولد فينبغى ان يضمن المضارب لرب المال اذا كان موسرا ومع ذلك لم يضمن لعدم الصنع منه (قوله حملا على فراش النكاح) بان يزوجها منه بائعها (قوله كمال المضاربة اذا صار اعيانا) أى اجناسا مختلفة حقيقة أو حكما حتى لو كان اعيانا من جنس واحد كل عين يساوى رأس المال يظهر الربح كما اذا اشترى فرسين كل واحد منهما يساوى ألف ورأس المال ألف كان له ربحها حتى لو وهب لرجل وسلمه اليه صح أما العبيد فعند أبى حنيفة رحمه الله أجناس مختلفة لفحش التفاوت فى المعانى الباطنة وعندهما كذلك الا أن يرى القاضى الصلاح فى الجمع أو يتراضوا على ذلك فحينئذ يجمع فان قيل لماذا لا تجعل الجارية رأس المال وجميع الولد ربحا لما ان الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فيجب تبقى أن كذلك قلنا ان تعينها كان لعدم المزاحم لا أنها رأس المال دراهم و بعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها لرأس المال ثم انما لا يتعين أحدهما لرأس المال لان أحدهما ليس باولى من الآخر للتعين لرأس المال

بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك لحدوث الملك وأما ما نحن فيه فاخبار فجاز أن ينفذ عند حدوثه كما اذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا وأصله مسئلة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الاعتاق يعتمد ذلك وان انتفى الضمان بقي أحد الامرين الآخرين من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعاه لاحتباس ماليته عنده وان شاء أعتق لكونه قابلا للعتق فان المستسعى (٤٢٨) كالمكاتب عند أبي حنيفة و يستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار قيل لم لا تجعل الجارية رأس المال والولد كله ربحا وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعين الالف من السعاية لرأس المال أنسب للتجانس وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال ثم اذا قبض رب المال الالف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تملك المدعى نصيب رب المال منها بجعلها أم ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فانه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج بجارية أخيه فاستولدها فمات الزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج وأخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر اشارة الى قوله لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب

الفراش

بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا فاخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما اذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد (وله أن يستسعى الغلام) لانه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة و يستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال

ذلك لا يضمن اه كلامهم (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان القيد المذكور لا ينفي الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها سيما اذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم وانما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله ولا يضمن لرب المال شيأ من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد اه فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور أن يقال انما قيد به تنبيها على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة اعساره لانه اذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلأن لا يجب ذلك عليه في حالة اعساره أولى بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فانه يحتمل أن يكون محمولا على حالة اعساره فقط (قوله و يستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار) قال في الكافي فان قيل لماذا لا تجعل الامة رأس المال وجميع الولد ربحا قلنا لان ما يجب على الولد من السعاية من جنس رأس المال والامة ليست من جنس رأس المال فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال أولى اه واقتفى أثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس

(قوله لان ذلك انشاء العتق) فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك لان صحة الانشاء تحتمل تعتمد قيام المحلية في الحال وصحة الاخبار تعتمد احتمال المخبر به في الزمان الماضي وههنا أمكن الخبرية لاحتمال أن يكون على الفراش لصحة دعوته ظاهر فينفذ عند وجود الشرط (قوله ولا صنع له) أي في الملك لانه حصل بزيادة القيمة (قوله كالمكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله) أي يقبل الاعتاق كما يقبل المكاتب (قوله ظهر ان الجارية كلها ربح) وانما لم تجعل الجارية رأس المال وجميع الولد ربحا لان ما يجب على الولد من جنس رأس المال وأنه مقدم في الاستيفاء فكان تعينه لرأس المال أولى ولما صارت الجارية ربحا فعقرها الواجب على المضارب يصير

(قوله وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد الخ) أقول وجوابه أن الاستسعاء مقدم لان الولد أصل في الدعوة والحرية والام تتبعه وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا

الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

(باب المضارب يضارب)

(قال واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال) وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولأبي حنيفة أن الدفع قبل العمل ايداع

المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال اه (أقول) نظره ساقط جدا لانا لو جعلنا الجارية رأس المال لم تعتق بالاستيلاد لان من شرط كونها أم ولد للمضارب أن يكون المضارب مالكا لها وعلى تقدير أن تجعل هي رأس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا تصير أم ولد للمضارب ولا تعتق فلا تجب قيمتها على المضارب فلا تتحقق المجانسة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية فأورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافي وشراح الكتاب وغيرهم ثم ان بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستسعاء مقدم لان الولد أصل في الدعوة والحرية والام تتبعه وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا اه (أقول) الجواب الذي ذكره هذا القائل وان كان مما يصلح أن يكون جوابا على أصل السؤال كما أشار اليه المصنف بقوله لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما اه الا أنه لا يصلح أن يكون مرادا للمجيب بالجواب الذي هو محل النظر اذ لو كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتشبث بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في تمشية هذا الجواب اذ التقدم في الاستسعاء والاستيفاء أمر مستقل في اقتضاء كون الالف المأخوذ من الولد رأس المال دون الجارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب وانما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل ثم ان الشارح العيني بعد ان ذكر أصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافي وبعد ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلا عنه قال قلت الولد زاحمها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته اه (أقول) لا نرى لهذا معنى مفيد فان ظهور الربح من جهته لا يقتضي ربحا كون رأس المال هو الالف المأخوذ منه دون قيمة الجارية بل الالف المناسب لظهور الربح من جهته أن يكون الالف المأخوذ منه أيضا من الربح تأمل تقف

(باب المضارب يضارب)

لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذ الثانية تتلو الاولى أبدا فكذا بيان حكمها كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندي وذكر فيهما وجها آخر أيضا وهو ان المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلو المفرد أبدا واختاره صاحب الغاية والعناية (أقول) فيه تعسف لان

ربحا أيضا فيكون بينهما (قوله وضمان التملك لا يستدعي صنعا) لان ضمان التملك يرجع الى المحل فيستوي فيه التعدي وغيره كالنائم اذا انقلب على شئ وأتلفه (قوله ثم ملكها هو وغيره وراثة) كالاخ تزوج بجارية أخيه فمات المولى وترك الجارية بين الزوج وأخ آخر يملكها الزوج ويضمن نصيب شريكه لانه ضمان الملك (قوله بخلاف ضمان الولد) لانه ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد (قوله على ما مر) اشارة الى قوله ولا يضمن لرب المال شيأ من قيمة الولد لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا صنع له فيه

(باب المضارب يضارب)

(باب المضارب يضارب)
مضاربة المضارب مركبة فأخرها عن المفردة اختلف علماؤنا في موجب الضمان على المضارب اذا دفع المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فالموجب هو حصول الربح فان ربح الثاني ضمن الاول لرب المال وقال أبو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ثم رجع أبو يوسف وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الايداع فلا يملكه ولهما ان دفعه ايداع

(باب المضارب يضارب)

حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى أي موقوفا فان عمل ضمن والا فلا ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع و بعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب (٤٣٠) فلا يضمن بهما العدم المخالفة بهما الا أنه اذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فصار مخالفا

و بعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا أنه اذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع

مضاربة المضارب وان كانت بعد مضاربة رب المال الا أنها مفردة أيضا غير مركبة من المضاربتين قطعا ألا ترى ان الثاني أبدا يتلو الاول ولكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه قطعا وانما المركب منهما الاثنان نعم ان مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الاولى جاز أن يحصل من مجموعهما أمر مركب في العقل لكنه ليس بمدار الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الالباب (قوله و بعده ابضاع) قال بعض الفضلاء فيه بحث والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي اه (أقول) ليس الامر كما فهمه فان المحكوم عليه ههنا بانه ابضاع انما هو الدفع لا عقد المضاربة والذي ينافي الابضاع و يلائم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما يلائم الايداع قبل العمل والابضاع بعده لا التوكيل لان التوكيل تفويض التصرف لاجل الموكل الى غيره وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى وأما ما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بانه توكيل فانه قال فيه و جه المروي عن أبي حنيفة ان العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه ايداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بينا من قبل اه ولا يخفى أن المفهوم منها ان المضارب وكيل لان الدفع نفسه توكيل ولا كلام في ان المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة وأما أنه وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به أحد (قوله وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة) قال في النهاية ومعراج الدراية

(قوله فان كانت فاسدة) أي المضاربة الثانية دل عليه قوله لانه أجير فيه والحكم لا يختلف بين ما اذا كانت الاولى فاسدة أو الثانية أو كلتاهما وفي الذخيرة وانما يجب الضمان عليهما اذا كانت المضاربتان جائزتين فاما اذا كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما حتى لو هلك المال في الثاني فلا ضمان لان الضمان على الاول بسبب اشتراك الثاني في الربح واذا كانتا فاسدتين فما أثبت الاول للثاني شركة في الربح بل استأجر الثاني ليعمل في مال المضاربة والمضارب اذا استأجر أجيرا ليعمل في مال المضاربة فعمل الاجير فلا ضمان على واحد منهما وكذلك ان كانت الاولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لان الثانية اذا كانت فاسدة لا يثبت للثاني شركة في الربح بل يكون أجيرا وللمضارب أن يستأجر أجيرا ليعمل في مال المضاربة وكذلك ان كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة لان الاولى متى كانت فاسدة تكون المضاربة الثانية فاسدة أيضا لانها لا تفيد الشركة في الربح لان الربح كله لرب المال اذا كانت الاولى فاسدة فلا تفيد الثانية شركة في الربح وكل مضاربة لا تفيد الشركة في الربح تكون فاسدة فاذا كانت المضاربة الثانية فاسدة لا يثبت للثاني شركة في الربح والضمان انما يجب اذا ثبت للثاني شركة في الربح فان قيل اذا كانت المضاربة الثانية تفسد عند فساد الاولى لا يتأتى هذا القسم وهو ما اذا كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة قلنا المراد من جواز الثانية في هذه الصورة كون المشروط للثاني من الربح مقدارا تجوز المضاربة به في الجملة بان كان المشروط للاول من الربح مائة أو نصف الربح مع زيادة مائة والمشروط للثاني نصف الربح أو ثلثه (قوله بناء على اختلافهم في مودع المودع) اذا أودع رجل وديعة وأودع المودع عند آخر وهلك في يد الثاني لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني كما في المضارب الثاني عنده

لاشتراك الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره وهذا أي وجوب الضمان على الاول أو عليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة وأطلق القول ليتناول كلا منهما فان الاولى اذا كانت فاسدة أو الثانية أو كلتيهما جميعا لم يضمن الاول لان الثاني أجير فيه وله أجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان فان قيل اذا كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان مبناها على الاولى فلا يستقيم التقسيم أجيب بان المراد بجواز الثانية حينئذ ما يكون جائزا بحسب الصورة بان يكون المشروط للثاني من الربح مقدارا ما يجوز به المضاربة في الجملة بان كان المشروط للاول نصف الربح ومائة مثلا و للثاني نصفه (قوله ثم ذكر في الكتاب) يعني القدوري (يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل) اختيارا منه لقول من قال من المشايخ (ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين الاول والثاني) في هذه المسألة (باجماع) أصحابنا

وهو

قال المصنف (و بعده ابضاع) أقول فيه بحث والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي

(و) هذا القول (هو المشهور) من المذهب (وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده) لكن لابد من بيان فرق بين هذه المسألة ومسألة مودع المودع (ووجهه أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه (٤٣١) لمنفعة نفسه) من حيث شركته في الربح (فجاز أن

وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه و بين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرطا لانه ظهر أنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء و يطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى

أي الضمان عليهما عند الربح أو العمل على الاختلاف الذي ذكرنا فيما اذا كانت المضاربة صحيحة وقال في العناية وشرح العيني أي وجوب الضمان على الاول أو عليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة (أقول) لا يحتمل أن يكون المشار اليه بهذا ههنا وجوب الضمان عليهما أي على المضارب الاول والثاني بل كون المشار اليه به ههنا هو الضمان على الاول متعين لان المذكور في الكتاب هو ضمان الاول لا غير ولم يمر من المصنف الى الآن شئ يشعر بضمان الثاني أيضا فكيف يصح أن يجعل كلمة هذا ههنا اشارة الى الضمان عليهما وشان اسم الاشارة أن يشار به الى المحسوس المشاهد أو ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله و وجوب الضمان على الثاني مما لم تشم رائحته قط الى الآن فضلا عن أن يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على أن المصنف ههنا بصدد بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الاول لرب المال وأما أن الثاني هل يضمن أيضا أم لا فيبينه بعد مفصلا بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني الخ فهو ههنا بمعزل عنه (قوله لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل انما يتمشى على قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الى الغير

لا يضمن وعندهما يخير رب المال (قوله ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول) لان على الاول حفظ الوديعة فاذا دفع الى غيره يكون الثاني عاملا له بامره في القبض فينتقل عمله الى الاول فصار كانه حفظه بنفسه ولو هلك في يد الاول لا يجب الضمان فكذا اذا هلك في يد الثاني أما المضارب الثاني فعامل لنفسه في القبض لانه انما يقبضه لاكتساب الربح لنفسه فلا ينتقل عمله الى الغير (قوله لانه عامل له) أي لان المضارب الثاني عامل لاجل المضارب الاول فان قيل بين هذا و بين ما تقدم وهو قوله أما المضارب يعمل فيه لنفع لنفسه تناقض ظاهر حيث جعل المضارب الثاني في حق عمل واحد عاملا لنفسه ولغيره قلنا نعم كذلك الا أن ذلك بحسب اختلاف الجهة لما أن المضاربة مشتملة على عقود بذلك المضارب عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره بسبب أنه في الابتداء مودع المودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع وتسمية الشئ الواحد باسمين بسبب اختلاف الجهة لا يكون تناقضا كشخص له أب وابن يسمى ذلك الشخص بالاب والابن بحسب اختلاف الجهة ولا يكون تناقضا (قوله وان ضمن الثاني يرجع على الاول بالعقد) يعني بسببه وصحت المضاربة فان قيل المالك لو اختار تضمين المرتهن من الغاصب يرجع المرتهن على الراهن بما ضمن ولم ينفذ عقد الرهن قلنا الرجوع على الراهن انما يكون باعتبار التسليم الذي وجد بعد العقد فلم ينفذ العقد السابق وعقد الرهن لازم فيعطى لبقائه حكم ابتدائه فلا يثبت الملك سابقا على عقد الرهن فلا ينفذ بخلاف المضاربة فانه عقد جائز فلا يعطى لبقائه حكم ابتدائه فصار كالمجدد للعقد بعد أداء الضمان (قوله كما في المودع) أي مودع الغاصب اذا ضمن يرجع على الغاصب المودع (قوله فلا يعرى الخ) لانه ثابت من وجه دون وجه فمن حيث انه لا ملك له تمكن الخبث فيه

ابتداء و يطيب الربح للثاني ولا يطيب للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى

يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة الثانية (لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد) أي بسببه (لانه عامل له) أي للمضارب الاول (كما في المودع) واعترض بان كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامل للمضارب الاول وأجيب باختلاف الجهة يعني أن المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث انه في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه و يجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ (ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد) فان الاول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المضاربة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار (وتصح المضاربة) الثانية (والربح بينهما) على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه

(قوله واعترض الى قوله وأجيب باختلاف الجهة) أقول المعترض والمجيب هو الاتقاني (قوله والظاهر من كلامه عدمه) أقول أي عدم التناقض (قوله و يجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه) أقول الظاهر أن اللام للمنفعة

غن نوع خبث) لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق قال (فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف الخ) هذه المسائل الى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها الى شرح وانما قال يطيب لهما ذلك أي للمضارب الاول والثاني الثلث والسدس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيأ فقد باشر العقدين ألا ترى أنه لو أبضع المال مع غيره أو أبضعه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيباله وان لم يعمل بنفسه وانما قال غره في ضمن العقد لان الغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لآخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فسلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه *(فصل)* لما كان للمضارب بعد ادخال عقد المضاربة أو رب المال حكم غير ما ذكر ذكره في فصل على حدة فقال (واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز) فقوله ولعبد رب المال في مقابلته شيآن عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحترازعن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول

عن نوع خبث قال (فاذا دفع رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس) لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم واستأجر غيره عليه بنصف درهم (وان كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان) لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا (ولو كان قال له فما ربحت من شئ فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال) لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه أو قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شئ للمضارب الاول) لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شئ كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله (وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله) لانه شرط للثاني شيأ هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف

(فصل) (واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز)

انما هو قول زفر وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا تتحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل وعند أبي حنيفة رحمه الله لا تتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الاهم بالبيان والتعليل ههنا قول أبي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر فليتامل في التوجيه

(فصل) (قوله واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير وقد تكلم الشراح في أمر التقييد بعبد رب المال

فيكون سبيله التصدق (قوله وهو سبب الرجوع) أي الغرور في العقد سبب الرجوع وانما قيد بالغرور في ضمن العقد لان الغرور لو لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجبا للضمان كما لو قال لآخر هذا الطريق آمن وهو ليس بآمن فدخل فيه فقطع الطريق عليه قاطع الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه والله أعلم

(فصل) (قوله لعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه) التقييد بعبد رب المال مع أن الحكم في عبد

(فصل واذا شرط المضارب) قال المصنف (ولعبد رب المال ثلث الربح) أقول قال الكاكي قيد بعبد رب المال لان فيه خلاف بعض أصحاب لان الشافعي وبعض أصحاب أحمد وجه قولهم ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال اه وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الاجنبي على أن يكون له الثلث (قوله فيجوز أن يكون احترازا عن الثاني) أقول فيه تأمل (قوله فانه اذا شرط ذلك للاجنبي) أقول عبدا أو حرا ابن المضارب أو زوجته أو غيرهما

والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شئ وقوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا اما أن يكون على العبد دين أولا فان لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه لان ما هو شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى قول أبي حنيفة لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند أبي حنيفة اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف وأما اذا شرط أن يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحا فهو جائز على ما شرطا سواء كان على العبد دين أو لم يكن (لان للعبد يدا معتبرة لا سيما اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا) أي ولان للعبد يدا معتبرة (لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا) أي ولكون اليد معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له (يجوز بيع المولى من عبده المأذون له) يعني اذا كان مديونا على ما سيجيء

لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف والله أعلم

فيها فقال صاحب النهاية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان الحكم في عبد المضارب كذلك أيضا ونقل عن الذخيرة والمغني تفصيلا يدل على ذلك وقال صاحب معراج الدراية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان حكم عبد المضارب كذلك وكذا لو شرط لاجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له وقيل قيد بعبد رب المال لان فيه خلافا لبعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وفي غيره لا خلاف وجه قول البعض ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقيل حيث قال بعد نقل ذلك عنه وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الاجنبي على أن يكون له الثلث اه (أقول) لا يفهم لهذا البحث وجه ورود على ذلك المنقول أصلا بل هذا يؤيد ذلك لان قوله لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بيانا لما قيل وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلا عن المنافاة ثم ان محصول ذلك المنقول أنه اذا كان في عبد رب المال خلاف لا في غيره كان ذكر عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور أصلا كما لا يخفى على الفطن وقال صاحب العناية قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيآن عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شئ اه كلامه (أقول) فيه بحث لانه لا يكاد أن يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الاجنبي أصلا أي سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط أما اذا شرط ذلك فلان حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع

المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد للمولى فتمنع التخلية فقال هو جائز أي سواء كان على العبد دين أو لم يكن لان عبد رب المال في حق المضاربة كعبد أجنبي آخر ولا يمنع التخلية لان للعبد يدا معتبرة (قوله ولهذا لا يكون للمولى أخذ ما أودعه العبد) أي اذا كان غائبا (قوله وان كان محجورا عليه) أي عند الايداع وفي الذخيرة اذا شرط بعض الربح لعبد المضارب أو لعبد رب المال فان شرط عمل العبد مع ذلك فالمضاربة جائزة والشرط جائز أيضا على كل حال وان لم يشترط عمل العبد مع ذلك ان لم يكن على العبد دين صح الشرط سواء كان عبد المضارب أو عبد رب المال لانه تعذر تصحيح هذا في حق العبد لان الربح انما يستحق اما برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد واحد من هذه الاشياء في حق العبد وأمكن تصحيحه في حق

 واذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة (والشرط) يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واذا كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى (ولو عقد المأذون له الخ) ظاهر

(فصل فى العزل والقسمة) قال (واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة) لانه توكيل على ماتقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقدمر من قبل

الاتحاد فى الحكم وأما اذا لم يشترط ذلك فلانه وان تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا لكونه أجنبيا فالاحتراز عنه انما يحصل بقوله على أن يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال ألا ترى انه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه وللاجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه لخرج الاجنبي الذى لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة أيضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل فى الاحتراز عنه أصلا وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع ان الحكم فى عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد يد للمولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز اه كلامه (أقول) هذا هو الحق عندى ولقد أشار اليه المصنف فى تعليل المسئلة حيث قال لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له ثم قال واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب تأمل تقف

(فصل فى العزل والقسمة) أى فى عزل المضارب وقسمته الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر فى هذا الفصل الحكم الذى يوجد بعد ذلك لان عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح (قوله واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ماتقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل) قال فى العناية أخذا من النهاية ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعدما اشترى شيأ كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك فى يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك بعدما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعدما اشترى بمال المضاربة عروضا كما فى الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتى اه كلامه يريد بالجواب الآتى عن الرد الاول ما يأتى فى الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة فى المسئلة الاولى وبالجواب الآتى عن الرد الثانى ما يأتى فى الكتاب أيضا فى هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب فى المسئلة الثانية وبالجواب الآتى عن الرد الثالث ما يأتى فى الشروح فى المسئلة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة (أقول) الذى يعلم مما ذكر فى المواضع الثلاثة الآتية انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل فى تلك المسائل الثلاث وبذلك لا يحصل الجواب عن الرد بالوجوه الثلاثة المذكورة ههنا لان حاصله القدح فى الدليل الذى ذكره المصنف بقوله لانه توكيل بانه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل فى المسائل الثلاث المزبورة وبالفرق بين المضاربة والتوكيل فى تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيتأكد الرد والاشكال فان قلت المراد بما فى الدليل المذكور ان المضاربة توكيل فى بعض الاحكام دون جميعها فلا يقدح فيه اختلافهما فى الوجوه الثلاثة المذكورة قلت فحينئذ لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا فى بعض الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فان قيل المراد انها توكيل فى بعض الاحكام الذى من جملته ما نحن فيه قلنا فحينئذ لا يصلح

مولاه لان ما شرط للعبد مشروط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان على العبد دين فان كان عبد المضارب فعلى قول أبى حنيفة رضى الله عنه لا يصح الشرط ويكون المشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند أبى حنيفة رحمه الله اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف والله أعلم

(فصل فى العزل والقسمة) وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة

(فصل فى العزل والقسمة) لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الامر الى ذكر الحكم الذى يوجد بعده وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة فى هذا الفصل قال (واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة الخ) اذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ماتقدم وبموت الموكل تبطل الوكالة ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعدما اشترى شيأ كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء له وهلك فى يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك بعدما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعدما اشترى بمال المضاربة عروضا كما فى الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتى

(فصل فى العزل والقسمة) (قوله ثم عاد مسلما كالوكيل) أقول قال الاتقانى فانه اذا رجع الموكل مسلما لا تعود الوكالة فى ظاهر الرواية خلافا لما روى عن محمد وقد صرح فى باب عزل الوكيل

(وان

(وان ارتد رب المال عن الاسلام) والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لان اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبى حنيفة رحمه الله لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه (ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها

ماذكر فى معرض الدليل لان يكون دليلا أصلا لعبروته أخفى من المدعى ولا أقل من أن يصير مثل المدعى فى المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تامل (قوله وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) قال الشراح هذا اذا لم يعد مسلما أما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاقه أو بعده فكان عقد المضاربة على ما كان أما قبل القضاء بلحاقه فلانه بمنزلة الغيبة وهى لا توجب بطلان المضاربة وأما بعد القضاء به فلمكان حق المضارب كما لو كان مات حقيقة وعزاه جماعة منهم الى المبسوط (أقول) فيه اشكال أما أولا فلانه لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعا كما مر فى المسئلة المتقدمة آنفا فكيف يصح قولهم كما لو مات حقيقة اللهم الا أن يقيد قولهم كما لو مات بحال كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتى فى الكتاب وأما ثانيا فلأنه ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلما بعد القضاء بلحاقه هى مكان حق المضارب كان ينبغى أن يبقى على حاله فيما اذا لم يعد أيضا بهذه العلة فليتأمل ثم أقول الذى يظهر من تعليل المصنف هذه المسئلة ومما ذكر فى بعض المعتبرات أن لا يكون فرق فى بطلان المضاربة بين ما اذا لم يعد مسلما وبين ما اذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا سيما بعد القضاء بلحاقه أما ظهور ذلك من تعليل المصنف هذه المسئلة فلانه قال فى تعليلها لان اللحوق بمنزلة الموت عندنا ألا يرى أنه يقسم ماله بين ورثته ولا يخفى أن المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر فكذا بما هو بمنزلة الموت وأما ظهوره مما ذكر فى بعض المعتبرات فلأنه قال فى البدائع ولو ارتد رب المال فباع المضارب أو اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف فى قول أبى حنيفة ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والتحق ردته بالعدم فى جميع أحكام المضاربة وصار كانه لم يرتد أصلا وكذا اذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التى تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه بطلت المضاربة اه ولا يخفى أن المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلما بعد أن يحكم بلحاقه بدار الحرب ومن قوله على الرواية التى تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته بطلانها لو عاد قبل أن يحكم بلحاقه على الرواية التى لم تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وان الظاهر من اطلاق قوله فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه بطلت المضاربة بعد أن تعرض لعوده مسلما فيما سبق بطلانها بعد القضاء بلحاقه وان عاد مسلما وقال الامام الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فان القاضى يجيز البيع والشراء على المضارب والربح له ويضمنه رأس المال فى قياس قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هو على المضاربة بالولاية الاصلية فيتوقف ويبطل بالموت أو بالقضاء باللحوق ولو لم يرفع الامر الى القاضى حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لانه انتقضت ردته قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها اه ولا يخفى أن الظاهر من هذا أيضا انه لو عاد مسلما بعد القضاء بلحوقه بطلت المضاربة بالاتفاق (قوله ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) فى معنى كلام

هذا اذا لم يعد مسلما أما اذا رجع المرتد وهو رب المال مسلما جاز جميع ما فعل من البيع والشراء وكان عقدهما المضاربة على ما شرطا أما اذا لم يتصل قضاء القاضى بلحاقه فلان هذا بمنزلة الغيبة فلا يوجب العزل ولا بطلان الاهلية وأما بعد اللحاق والقضاء به فالوكيل ينعزل بخروج محل التصرف عن ملك الموكل وأما ههنا لا يبطل لمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة كذا فى المبسوط (قوله لانه يتصرف له) أى لان المضارب يتصرف لرب المال (قوله ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) أى فى قولهم جميعا حتى لو اشترى

واذا ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعنى بعد اذا لم مسلما أما اذا عاد مسلما قبل القضاء أو بعده فكانت المضاربة كما كانت أما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهى لا توجب بطلان المضاربة وأما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة وأما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند أبى حنيفة لان المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف من يتصرف له ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها فى قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل

من ذلك جائز والربح بينهما على ماشرطا لان له عبارة صحيحة لان صحتها بالآدمية والتمييز ولاخلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة
وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة لان ما يلحقه في العهدة

لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال (فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى و باع فتصرفه جائز) لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه (وان علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك) لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتني على رأس المال وانما ينقض بالبيع قال (ثم لايجوز أن يشترى بثمنها شيأ آخر) لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل (فان عزله و رأس المال دراهم أودنانير وقد نضت لم يجزله أن يتصرف فيها) لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال وهذا الذى ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لايظهر الا به وصار كالعروض

المصنف هذا احتمالان عقليان أحدهما أن يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها أى هى غير باطلة وثانيهما أن يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبى حنيفة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها أى لا يتوقف تصرفه عند أبى حنيفة أيضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا وقد ذهب الى المعنى الاول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية وتبطل بموت أحدهما ولحاق المالك مرتدا بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لاتبطل المضاربة لان له عبارة صحيحة اه واقتفى أثره من المتاخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الاصلاح والايضاح وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية أيضا حيث أضيف فيها الموت المبطل الى أحدهما مطلقا واللحاق المبطل الى المالك فقط فدلت على ان لحاق المضارب لا يبطل بناء على ان تخصيص الشئ بالذكر في الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه (أقول) ذلك المعنى ليس بصحيح عندى اذ قد تقرر في باب أحكام المرتدين ان المرتد اذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام ولقد أفصح عنه المصنف في هذا الفصل أيضا حيث قال في تعليل بطلان المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لان اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته اه

و باع و ربح أو وضع ثم قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ماشرطا لان توقف تصرفاته عند أبى حنيفة رحمه الله لتعلق حق ورثته بماله أو لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة لانه نائب فيه عن رب المال أو هو متصرف في منافع نفسه ولا حق لورثته في ذلك فلهذا انفذ تصرفه والعهدة في جميع ما باع واشترى على رب المال في قول أبى حنيفة رحمه الله لان حكم العهدة يتوقف بردته وهذا لانه لو لزمته العهدة لكان قضاء ذلك من ماله ولا تصرف له في ماله فاذا تعذرت العهدة عنه فان قتل على ردته تعلق ان انتفع بتصرفه بمنزلة الصبي المحجور عليه اذا وكل بالشراء للغير و بالبيع وفي قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله حاله في التصرف بعد الردة كحاله قبل الردة فالعهدة عليه و يرجع بذلك على رب المال (قوله لان له عبارة صحيحة) لان صحة عبارته لآدميته ولا نقصان فيها بعد الردة لانه يتكلم عن عقل وتميز كما قبل الردة ولهذا لو أسلم صح اسلامه (قوله فله أن يبيعها) ولا يمنعه العزل عن ذلك ففي هذه المسئلة يخالف المضارب الوكيل ثم لما لم يمنعه عزل رب المال عن بيعها ملك بيعها نقدا ونسيئة حتى لو نهاه رب المال عن البيع نسيئة لا يعمل نهيه وكذلك لا يمنع عن المسافرة في الروايات المشهورة (قوله فان عزله ورأس المال دراهم أودنانير وقد نضت) فان كان رأس المال دنانير وله دراهم أو بالعكس له

فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول أبى حنيفة لان حكم العهدة يتوقف بردته لانه لو لزمته لقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفي قول أبى يوسف ومحمد حالته في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالعهدة عليه و يرجع على رب المال قال (فان عزل رب المال المضارب الخ) اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى و باع جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقدا أو نسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبتني على رأس المال بتمييزه ورأس المال انما ينض أى يتيسر ويحصل بالبيع ثم اذا باع شيأ لا يجوز أن يشترى بالثمن شيأ آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل وان عزله ورأس المال دراهم أودنانير فقد نضت فلم يجزله أن يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح لظهوره وعلى
فلا ضرورة في ترك الاعمال قال هذا الذى ذكره ان كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعه بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض

وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها قال (واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجرة

فاذا كان كذلك فانى يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بدار الحرب مرتدا على ان بطلان المضاربة اذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى بلحاقه مصرح به في المعتبرات قال في البدائع وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه لان ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه اه فالحق هو المعنى الثانى وهو مراد المصنف كما يرشد اليه قوله في تعليله ولا توقف في ملك رب المال اذلاريب ان هذا القول للاحتراز عن التوقف في ملك رب المال عند أبى حنيفة اذا كان هو المرتد والتوقف في ملكه عنده انما يكون قبل اللحاق لا بعده فلابد أن يكون المراد ههنا أيضا ما يكون قبل اللحاق لئلا يلغو هذا القول في التعليل و يشير اليه زيادة الشراح قيد في قولهم جميعا بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا اذ لاشك ان زيادة هذا القيد للايماء الى تحقق الخلاف بين أئمتنا فيما اذا كان رب المال هو المرتد ولاخلاف فيه بعد اللحوق وانما الخلاف فيه قبل اللحوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أبى حنيفة ولا يتوقف عندهما بل ينفذ فلابد أن يكون المراد بالوفاق في بقاء المضاربة على حالها فيما اذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل اللحوق لتظهر فائدة ذلك القيد تدبر (قوله وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها) وفى بعض النسخ وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها فكلمة هذا في قوله وعلى هذا اشارة الى قوله لا يمنعه العزل من ذلك يعنى لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمى اذا كان المال عروضا بل يبيعها بعد العزل كما لا ينعزل بالعزل القصدى في تلك الصورة لان عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين ثم ان ضمير المؤنث في قوله ونحوها راجع الى العروض أى ونحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنقد دنانير أو على القلب هذا ما ذهب اليه أكثر الشراح وهو المختار عندى وأما صاحب غاية البيان فقال وأراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات مرتدا ثم باع المضارب العروض جاز بيعه على المضاربة لما قلنا والضمير في ونحوها على هذا يرجع الى موت رب المال على تأويل المنية فينبغى أن يقال برفع الواو (أقول) فيه نظر لانه مع ابتنائه على تأويل بعيد من حيث اللفظ مختل من حيث المعنى أما على النسخة الثانية فظاهر لان ماهو نحو الموت انما هو اللحوق بدار الحرب مرتدا وقد ذكر هذا صريحا في تلك النسخة بقوله ولحوقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لان يقال ونحو الموت وأما على النسخة الاولى فلأنه قد أدرج الموت في بيان ماهو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهو باطل ثم قال صاحب الغاية و يجوز أن يرجع الى بيع العروض بان يعطى للمضاف حكم المؤنث باعتبار اضافته الى المؤنث كما في قوله * كما شرقت صدر القناة من الدم * فعلى هذا يقال بجر الواو (أقول) هذا أيضا مع كونه تعسفا من حيث اللفظ ركيك من حيث المعنى لانه يوهم أن يجوز للمضارب بعد

أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا الا بالعروض والقياس أن لا يجوز تصرفه لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية فصار كان رأس المال قد نض وجه الاستحسان ان الواجب على المضارب ان يرد مثل رأس المال وذا لا يمكن الا ان يبيع ما في يده بجنس رأس المال فصار كالعروض نضيض الماء خروجه من الحجر أو نحوه وسيلانه قليلا قليلا من حد ضرب ومنه خذ ما نض لك من دينك أى تيسر وتحصل وفى الحديث يقسمان ما نض بينهما من العين أى صار ورقا وعينا بعد أن كان متاعا والناض عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير كذا في المغرب (قوله وعلى هذا موت رب المال) أى اذا مات رب المال والمال عروض فله أن يبيعها كما اذا عزله رب المال (قوله ونحوها) أى نحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنقد دنانير أو على القلب

(قوله وعلى هذا موت رب المال) يريد به أن العزل الحكمى كالقصدى في حق المضارب ففى كل موضع لم يصح العزل القصدى لم يصح الحكمى لان عدم عمل العزل لما فيه من ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين العزلين (واذا افترقا وفى المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجير وأجره الربح

قال المصنف (وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها أقول الضمير في قوله ونحوها راجع الى الموت على تأويل المنية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض على اكتساب التأنيث من المضاف اليه وفيه شئ قال المصنف

(وان لم يربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض) حينئذ والوكيل متبرع (والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) فان قيل رد رأس المال على الوجه الذى قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب أجيب بانا لا نسلم أن الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع (فيقال له وكل رب المال فى الاقتضاء) فاذا فعل ذلك فقد زالت يده ولا بد له من ذلك (لان حقوق العقد ترجع اليه) فان لم يوكل يضيع حق رب المال (وفى الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة) فكان فى الكلام استعارة ومجوزها معروف وهو اشتمالها على النقل وانما فسره (٤٣٨) بذلك لان أجل ربما يوهم أن رأس المال دين فى ذمة المضارب وليس كذلك (وعلى هذا سائر الوكالات) يعنى الوكيل اذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) أما (البياع والسمسار) وهو الذى يعمل للغير بيعا أو شراء فانهما (يجبران على التقاضى لانهما يعملان بالاجر عادة) واذا وصل اليه أجره أجبر على تمام عمله واستيجاره قلما يخلو عن فساد لانه اذا استؤجر على شراء شئ فقد استؤجر على ما لا يستقل به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن فى ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط أجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوض بأجر المثل هكذا روى عن أبى يوسف ومحمد قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الخ) الاصل فى هذا أن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال قال النبى صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذا المؤمن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه أو قال فرائضه ولان رأس المال أصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فتى هلك منه شئ استكمل من التبع فاذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه أمين وصرف وان اقتسماه تراد الان القسمة تفيد ملكا موقوفا ان بقى ما أعدا الى رأس المال الى وقت الفسخ كان ما أخذه كل منه ملكا له وان هلك بطلت القسمة وتبين أن المقسوم رأس المال

(وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به (ويقال له وكل رب المال فى الاقتضاء) لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كى لا يضيع حقه وقال فى الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضى لانهما يعملان باجر عادة قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لان الربح تابع

موت رب المال تصرف آخر فى مال المضاربة نحو تصرف ببيع العروض وليس كذلك ثم قال ويجوز أن يرجع الى العروض على معنى فى بيع العروض وفى بيع نحو العروض كما اذا كان رأس المال دراهم والمال دنانير أو على العكس لانها نحو العروض فى ان المضارب لا ينعزل بموت رب المال اهـ كلامه (أقول) الآن حصحص الحق والعجب انه جعل هذا أبعد الاحتمالات مع كونه أقربها لفظا ومعنى (قوله وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل اهـ (أقول) هذا النقض مدفوع بأن المراد أن المتبرع الغير الملتزم لا يجبر على ايفاء ما تبرع به والكفيل ملتزم لان يطالب بما على الغير على ما عرف فى محله فلا يرد النقض به وبعبارة أخرى ان المراد ان المتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به فى العقود الغير اللازمة والكفالة عقد لازم على ما عرف أيضا فى محله فلا انتقاض وان سلم اطلاق الكلام ههنا فهو يجرى على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم على ما مر فى كتاب الكفالة فلا ضير فى خروجه اذ القياس ترك فيه بالنص وبقى على حاله فيما عداه فتأمل

وان لم يكن فى المال ربح وهو ديون على الناس والمضارب يمتنع من الاقتضاء يقال له وكل الورثة فى الاقتضاء (قوله والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) لا يقال انه قد وجب رد رأس المال عليه على الصفة التى أخذ فينبغى أن يجبر على الاقتضاء حتى يكون الرد بمثل ما أخذ قلنا الواجب رفع يده لا التسليم كالمودع فاذا أحال به أى وكله فقد أزال يده عنه وعلى هذا كل وكيل بالبيع اذا امتنع من التقاضى لا يجبر على التقاضى ولكن يجبر على أن يحيل رب المال بالثمن على المشترى وكذا المستبضع وأما الذى يبيع بالاجر كالبياع والسمسار فانه يجعل بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجبر على التقاضى والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله وهو كالمضارب اذا كان فى المال ربح (قوله وتوكله) أى قبوله الوكالة من توكل اذا قبل الوكالة واذا دفع الرجل الى السمسار ألف درهم وقال اشتر بها لى رطبا باحد عشر درهما فهذا فاسد لانه استأجر بعمل مجهول فالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات والحيلة فى جواز هذا أن يستأجره يوما الى الليل باجر معلوم ليبيع له وليشترى له فهذا جاز لان العقد يتناول منافعه ههنا وهو معلوم ببيان المدة والاجير قادر على ايفاء المعقود عليه ألا ترى انه لو أسلم نفسه اليه فى جميع المدة استوجب الاجر وان لم يتفق له بيع أو شراء بخلاف الاول فان

(وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به الخ) أقول هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل ثم المضارب لا يجبر على الاقتضاء اذا لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر الوكالات

(فصل فيما يفعله المضارب الخ) ذكر فى هذا الفصل ما لم يذكره فى أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة للافادة وتنبيها على مقصودية أفعال المضاربة بالاعادة قال (ويجوز للمضارب الخ) ما كان من صنيع التجار يتناوله اطلاق العقد فجاز أن يفعله المضارب وما لا فلا فجاز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لانه من ذلك الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه قال فى النهاية بان باع الى عشر سنين لخروجه حينئذ من صنيع التجار ولهذا كان له أن يشترى دابة للركوب وليس له أن يشترى سفينة للركوب قيل (٤٣٩) هذا فى مضارب خاص كالطعام مثلا وأما اذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما يحمله عليها وظاهر كلامه يدل على أن ذلك اذا كان للركوب لا يجوز واذا كان للحمل فهو ساكت عنه وله أن يستكريها أى السفينة والدواب مطلقا اعتبار العادة التجار فانه اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة فى الطعام وله أن يأذن لعبد المضاربة فى التجارة فى الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن رستم روى عن محمد أنه لا يملك الاذن فى التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق بينهما أن المأذون لا يصير شريكا فى الربح ولو باع نقدا ثم أخر الثمن جاز بالاجماع أما عند أبى حنيفة ومحمد فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى لعموم ولايته لكونه شريكا فى الربح أو بعرضية ذلك الا أن الوكيل يضمن كما تقدم والمضارب لا يضمن لان له أن يقابل العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فجعل تأجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا أخر الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعد ما باع مرة لانتهاء وكالته وأما عند أبى يوسف فلان المضارب يملك الاقالة والبيع نسيئة كما قاله وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان أيسر من المشترى أو أعسر منه لما ذكرنا أنه لو أقال العقد مع الاول ثم باعه بمثله على المحتال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصى يحتال بمال اليتيم

وصرف الهلاك الى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك الى العفو فى الزكاة (فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) لانه أمين (وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله ترادا الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال) لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما فى يد المضارب أمانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله (واذا استوفى رأس المال فان فضل شئ كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا (ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول) لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد وهلاك المال فى الثانى لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر

(فصل فيما يفعله المضارب)

قال (ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة) لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشترى دابة للركوب

(فصل فيما يفعله المضارب) قال فى غاية البيان وكان القياس أن لا يذكر الفصل هنا بل كان ينبغى أن تذكر المسائل المذكورة فيه فى أول الكتاب عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع الا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة انتهى (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن ما ذكره بقوله الا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة لا يجدى شيئا فى دفع ما ذكره أولا لان زيادة الافادة انما تقتضى أن لا يقتصر على ما ذكر فى أول الكتاب بل يذكر مجموع ما ذكر هنا وما ذكر ثمة ولا تقتضى أن يذكر بعضها ثمة وبعضها هنا فى فصل على حدة فبقى مقتضى القياس الذى يذكره فى أول كلامه على حاله تبصر وقال فى النهاية والعناية ذكر فى هذا الفصل ما لم يذكره فى أول المضاربة من أفعال المضارب بزيادة للافادة وتنبيها على مقصودية أفعال المضارب بالاعادة انتهى (أقول) لا يرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك ولكن فيه شئ آخر يجب حله وهو أن قوله وتنبيها على مقصودية أفعال المضارب بالاعادة ينافى فى الظاهر قوله ذكر فى هذا الفصل ما لم يذكره فى أول المضاربة من أفعال المضارب لان الاعادة تقتضى الذكر مرة أولى وقد قال أولا ما لم يذكره فى أول

المعقود عليه هنالك البيع والشراء حتى لا يجب الاجر بنفس التسليم اذا لم يقم العمل (قوله لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال) لان الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال (قوله لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له) لتصور رأس المال بدونه وعدم تصوره بدون رأس المال (قوله لما بينا) أى لانه أمين والله أعلم

(فصل فيما يفعله المضارب)

(قوله ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة) وقال ابن أبى ليلى ليس له أن يبيع بالنسيئة لانه يوجب قصر يده على المال والتصرف فيه فيضاد ما هو مقصود رب المال وهو كالاقراض ألا ترى أن البيع بالنسيئة يعتبر من الثلث وكان بمنزلة التبرع ولنا انه من صنيع التجار وهو أقرب الى تحصيل مقصود رب المال وهو الربح فانه فى الغالب انما يحصل بالنسيئة والدليل على ان البيع نسيئة تجارة مطلقة قوله تعالى الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فالآية تدل على ان التجارة قد تكون غائبة وليس ذلك الا البيع

(فصل فيما يفعله المضارب) (قوله أى السفينة والدواب مطلقا) أقول أى سواء كان فى نوع خاص أو مطلقا

وليس له أن يشتري سفينة للركوب وله أن يستكريها اعتبار العادة التجار وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالاجماع أما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى الا ان المضارب لا يضمن لان له أن يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر أو الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستئجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا

المضاربة من أفعال المضارب وحل ذلك أن المراد بالاعادة اعادة جنس أفعال المضارب لا اعادة خصوص ما ذكرهها واعادة جنسها انما تقتضي ذكر جنسها مرة أولى لا ذكر خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تأمل (قوله لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره الخ) أقول فيه شئ وهو أن هذا الدليل قاصر عن

بالنسيئة (قوله وليس له أن يشتري سفينة للركوب) قيد بقوله للركوب لان له شراء السفينة للبيع اذا لم يخص له رب المال التجارة في شئ بعينه (قوله في الرواية المشهورة) احترز به عما روى ابن رستم عن محمد رحمهما الله انه لا يملك الاذن في التجارة (قوله أما عندهما) اى عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (قوله فالمضارب أولى) لان ولاية المضارب أعم لانه شريك في الربح أو بعرضة أن يصير شريكا (قوله الا ان المضارب لا يضمن) فيه اشارة الى أن الوكيل يضمن (قوله وأما عند أبي يوسف رحمه الله فلانه) أي فلان المضارب يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك أي البيع بالنساء بعد الاقالة ولا يملك الاقالة أيضا عند أبي يوسف رحمه الله فلم يمكن أن يجعل تأجيله الثمن بمنزلة الاقالة والبيع بالنسيئة بعدها وتقريره ان المضارب لما كان يملك الاقالة والبيع بالنساء بواسطة الاقالة أمكن جعله بائعا ابتداء بالنسيئة بخلاف الوكيل فانه لما لم يملك البيع بالنسيئة بواسطة الاقالة لم يمكن جعله بائعا ابتداء فان قيل ينبغي أن لا يكون للمضارب البيع بالنسيئة لان ذلك يوجب قصر يده عن مال المضاربة والتصرف فيه فيكون ضد ما هو مقصود رب المال فيكون بمنزلة الاقراض ألا ترى ان البيع بالنسيئة من المريض يعتبر من الثلث وهذا قول ابن أبي ليلى قلنا البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو أقرب الى تحصيل المقصود وهو الربح فالربح في الغالب انما يحصل بالبيع بالنسيئة دون النقد ولانه مأذون في التجارة مطلقا وهذا من التجارة (قوله ولو احتال بالثمن) أي قبل الحوالة بأن باع المضارب وأجل بالثمن جاز سواء كان المحتال عليه أيسر في استيفاء الثمن أو أعسر (قوله وتوابعها) الايداع والابضاع (قوله ومن جملته) أي ومن جملة باب المضاربة (قوله وهو الاستدانة) وهو أن يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال سلعة لان الاستدانة تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال فلا يملكها المضارب الا بالتنصيص عليه وعند التنصيص عليه يعتبر هذا التصرف بنفسه فيصير بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربة اذ ليس لواحد منهما فيه رأس المال فيكون المشترى بينهما نصفين والدين عليهما ولا يتغير موجب المضاربة لان هذه شركة وجوه ضمت الى المضاربة فلم يتغير موجب المضاربة وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما اشترطا (قوله وما أشبه ذلك) أي من أنواع الاستدانة كما اذا اشترى سلعة

فان تصرفه نظري فلا بد وان يكون المحتال عليه أيسر ثم ذكر الاصل فيما يفعله المضارب بانواعه الثلاثة وهو ظاهر

قال المصنف (وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة) أقول ايضاح آخر لقوله لان له الامر العام المعروف عطفا على قوله ولهذا كان له أن يشتري

يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبي يوسف أنه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال (فان دفع شيأ من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا تصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا أن التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب

افادة تمام المدعى اذ لا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلة أيضا في المدعى كما ترى (قوله فان دفع شيأ من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) قال صاحب العناية وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا أو كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى (أقول) الظاهر في بيان ايهام كلام المصنف اختصاص الابضاع ببعض المال أن يقال حيث قال شيأ من مال المضاربة فان منشأ الايهام انما هو مجموع قوله شيأ من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعيض ألا ترى انه لو قال فان دفع ما أخذه من مال المضاربة الى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الايهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما اذا قال فان دفع شيأ من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فانه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة وعن هذا قال صاحب النهاية وهذا اللفظ كما ترى يقتضي أن يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة وأما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف موهما للاختصاص بابضاع بعض المال غيره فقال فان دفع المضارب مال المضاربة أو شيأ منه الى رب المال بضاعة واشترى رب المال وباع فهي مضاربة بحالها انتهى (قوله وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا تصح اذا شرط العمل عليه ابتداء) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال زفر رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل اذا لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح فان الظاهر منه أن علة فساد المضاربة عند زفر في مسئلتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل تصح المضاربة عنده أيضا في هذه المسئلة وليس كذلك والظاهر من المشروح أن علة ذلك عنده كون رب المال متصرفا في مال نفسه غير صالح لان يكون وكيلا فيه بناء على أن المرء لا يصلح وكيلا لغيره فيما يعمل في ملك نفسه ولقد أفصح عنه

باكثر من مال المضاربة وهو الالف مثلا كانت حصة الالف للمضاربة وما زاد فللمضارب له ربحه وعليه وضيعته والمال دين عليه لان الاستدانة نفذت عليه خاصة ومما أشبهه أيضا استئجار الدواب لنقل الامتعة بعد ما اشترى برأس المال وكذا الاستدانة لقصارة الثياب ومما أشبهه أيضا ان رأس المال لو كان ألف درهم فليس له ان يشتري بالمكيل والموزون والمعدود لانه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة فلا ينفذ على المضاربة أما لو كان في يده دراهم وشرى بدنانير نفذ على المضاربة استحسانا لانهما كالجنس الواحد في الثمنية فصار كما لو كان ذلك الجنس في يده والقول فيما زاد فللمضارب له ربحه وعليه وضيعته والدين عليه لا يقال هذا يؤدي الى خلط مال المضاربة بمال نفسه لان الاختلاط انما يثبت حكما لشرائه بالمالين لا بفعل من قبله فلا يعد خلافا وعلى تقدير قوله اعمل برأيك لا يحتاج الى هذا العذر فانه يملك الخلط (قوله فان دفع شيأ من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) لا يتفاوت الحكم بين أن يكون

ثم قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها (وجوز أبو يوسف تزويج الامة لانه جعله من الاكتساب) بلزوم المهر وسقوط النفقة والجواب أنه ليس بتجارة وان كان فيه كسب فصار كالاعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة والله أعلم قال (فان دفع شيا من مال المضاربة الى رب المال الخ) فان دفع الى رب المال شيا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلافا لزفر فان رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل اذا لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء ولنا أن الواجب هو التخلية وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب وله أن يوكل ورب المال صالح لذلك والابضاع توكيل لانه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالاجنبي فرب المال أولى لكونه أشفق على المال فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه ابتداء

(قوله اذا لم يصرح به) أقول فيه بحث

لانه عنع التخلية فان قيل رب المال لا يصلح وكيلا لان الوكيل من يعمل فى مال غيره و رب المال لا يعمل فى مال غيره بل فى ماله أجيب بان رب المال بعد التخلية صار كالاجنبى عن المال فجاز توكيله فان قيل لو كان كذلك تصح المضاربة مع رب المال أجاب بقوله (و بخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه لأدى الى قلب الموضوع) ولقائل أن يقول رب المال اما أن يصير بالتخلية كالاجنبى أولا فان كان الاول جازت المضاربة وان كان الثانى لم يجز الابضاع فالقياس شمول الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبى قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة تقتضى المال للدافع وليس بموجود بخلاف البضاعة فانها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له (واذا لم تصح) المضاربة الثانية (بقى عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى) وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال شيأ من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا أو كلا و به صرح فى الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع المضاربة لان رب المال اذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير أمره و باع واشترى فان كان رأس المال نقدا فقد نقض المضاربة اذ الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملا لنفسه ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة وان صار رأس المال عرضا لا يكون نقضا لان النقض الصريح اذا كان رأس المال عرضا لم يعمل فيها فهذا أولى قال (واذا عمل المضارب فى المصر الخ) فرق بين حال الحضر والسفر فى وجوب النفقة فى مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس فى السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس أن لا يستوجب النفقة فى مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بامره أو بمنزلة الاجير لما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق أحد هؤلاء النفقة فى المال الذى يعمل به الا أنا تركناه فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفرقنا بينه و بين المستبضع بانه متبرع بعمله لغيره و بين الاجير بانه عامل له ببدل مضمون فى ذمة المستأجر وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو فى حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل فلو أنفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا أخذ شيأ للنفقة وهو مسافر فقدم و بقى معه شئ منه رد فى المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شئ من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوقى وان لم يكن فنفقته فى مال المضاربة لان خروجه اذ ذاك لها والنفقة ما تصرف الى الحاجة الراتبة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء أو كراء كل ذلك بالمعروف وألحق بذلك ما كان من معدات تكثير تثمير المال كغسل الثياب وأجرة الحمام والخادم والحلاق وعلف الدابة والدهن فى موضع يحتاج فيه اليه كالحجاز فان الشخص اذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ماشيا فى حوائجه يعد من الصعاليك و يقل معاملوه فصار مابه تكثر الرغبات فى المعاملة معه من جملة النفقة والدواء يدخل فى ذلك فى غير ظاهر الرواية لانه لاصلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره فى الكتاب

فيصلح رب المال وكيلا عنه فى التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه فى الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدى الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقى عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى قال (واذا عمل المضارب فى المصر فليست نفقته فى المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) ومعناه شراء وكراء فى المال ووجه الفرق أن النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضى ونفقة المرأة والمضارب فى المصر ساكن بالسكنى الاصلى واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله أما المضارب

صاحب الكافى حيث قال قال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف فى مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فان

المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة أو كله (قوله والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا) فان قيل تفسير الابضاع أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر وههنا ليس للمبضع مال فلم يصر بضاعة لعدم ركنه قلنا لا نسلم ان تفسيره ذلك بل تفسير الابضاع هو الاستعانة ورب المال يصلح معينا لانه أشفق الناس اليه تصرفا فلما صح استعانة المضارب بالاجنبى أولى ان تصح استعانته برب المال فان قيل الاجنبى يصلح معينا للمضارب لانه عامل فى مال غيره بامره ورب المال يعمل فيما هو ماله فلا يصلح معينا ألا ترى ان من استأجر خياطا ليخيط له ثوبا واستعان الاجير بالمستأجر فى الخياطة فعمل المستأجر هو الخياطة لا يتحول الى الاجير حتى لا يقضى له بالاجرة فعلى هذا ينبغى أن لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيب قلنا فى المضاربة معنى الاجارة والشركة جميعا ومعنى الشركة فيها راجح حتى جازت من غير توقيت وكانت العبرة للشركة دون الاجارة وفى الشركة يجوز أن يستوجب أحد الشريكين بعض الربح بعمل صاحبه وان لم يعمل بنفسه (قوله وهذا بخلاف الاجير)

فليس

(قوله فان الوكيل قد يجوز أن يوكل) أقول وكذلك يجوز للمضارب أن يضارب (قوله وجعل الحد الفاصل الى قوله بمنزلة السوقى) أقول فيه بحث (قوله ماشيا فى حوائجه) أقول أى بنفسه

قال (واذا ربح أخذ رب المال الخ) يريد أن المضارب اذا أنفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال رأس ماله كاملا فتكون النفقة مصروفة الى الربح دون رأس المال فاذا استوفاه كان ما بقى بينهما على ما شرطا فان باع المضارب المتاع بعدما أنفق مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه كأجرة السمسار والصباغ والقصار ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر فى الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينتظمه كما مر وانما ذكرها بعدما مر تمهيدا لقوله وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الالوان كالحمرة الا السواد عند أبى حنيفة لان الصبغ عين قائم بالثوب فكان شريكا بخلط ماله بمال المضاربة وقوله اعمل برأيك ينتظمه فاذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ بقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وانه باعه مرابحة قسم الثمن هذا على الثمن الذى اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقى على المضاربة بخلاف القصارة بفتح القاف والحمل فانه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شئ ولهذا اذا فعله الغاصب فازداد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك أن يأخذ ثوبه مجانا واذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين أن يعطى ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه و بين أن يضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون أقل حالا منه فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما أجيب بان الكلام فى مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط و بالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن و بهذا اندفع ما قيل المضارب اما أن يكون مأذونا بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك

فليس له الا الربح وهو فى حيز التردد فلو أنفق من ماله يتضرر به و بخلاف المضاربة الفاسدة لانه أجير و بخلاف البضاعة لانه متبرع قال (فان بقى شئ فى يده بعدما قدم مصره رده فى المضاربة) لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقى فى المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته فى مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هى ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن فى موضع يحتاج اليه عادة كالحجاز وانما يطلق فى جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف بين التجار قال (وأما الدواء ففى ماله) فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة رحمه الله انه يدخل فى النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها فى مالها قال (واذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه) لان العرف جار بالحاق الاول دون الثانى ولان الاول يوجب زيادة فى المالية بزيادة القيمة والثانى لا يوجبها قال (فان كان معه ألف

المرء فيما يعمل فى ملكه لا يصلح وكيلا لغيره فصار مستردا انتهى (قوله فان كان معه ألف

أى لا يستحق النفقة وان سافر (قوله فلو بقى شئ) أى من الثياب أو الطعام أو غيره (قوله لانتهاء الاستحقاق) أى بالرجوع الى مصره كالحاج عن الغير اذا بقى شئ من النفقة فى يده بعد رجوعه وكالمولى اذا بوأ امته مع زوجها بيتا ثم نقلها للخدمة وقد بقى من النفقة شئ كان للزوج أن يسترد ذلك منها (قوله وهو ما ذكرنا) أراد الطعام والشراب والكسوة وغيرها على ما تقدم (قوله ومن ذلك غسل ثيابه) وفى الفوائد الظهيرية وما يحتاج اليه فى غسل الثياب وأجرة الحمام والحلاق فى مال المضاربة كان ينبغى أن لا يجب فى مال المضاربة لان هذا مما لا يحتاج اليه فى عموم الاوقات والنفقة مما لا بد للانسان منه فى عموم الاوقات فيجب أن لا يكون واجبا كأجرة الحجام والفصاد الا أنا نقول أوجبناه فى مال المضاربة لانه من صنيع التجار فانهم يحلقون رؤسهم و يقصون شواربهم و ينقون ثيابهم لتزداد رغبات الناس فى مبايعتهم ومعاملتهم فان الانسان متى كان طويل الشعر وسخ الثياب كان فى عداد المفاليس والصعاليك فيقل معاملوه فصار أجرة الحمام والحلاق من جملة النفقة وكذلك ثمن الحرض والصابون (قوله وأجرة أجير يخدمه) أى يخبز أو يطبخ أو يغسل الثياب (قوله أخذ رب المال من الربح ما أنفق) أى أخذ رب المال من الربح ما أنفق المضارب من رأس المال تتميما لرأس ماله (قوله حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه) كأجرة السمسار والقصار والصباغ يريد بهذا أن ما أنفق على المتاع يضم الى رأس المال و يبيع مرابحة على الكل حتى لو اشتراه بالف درهم واستأجر دواب تحمله الى مصره بمائة درهم فانه يبيعه مرابحة بالف ومائة ولكن لا يقول اشتريته بالف ومائة بل يقول قام على بكذا

(قوله وسائر الالوان كالحمرة) أقول قوله وسائر مبتدأ وقوله كالحمرة خبره (قوله لان الصبغ عين قائم الخ) أقول تعليل لقوله فهو شريك الخ (قوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا) أقول هذا ناظر الى قوله و بهذا اندفع ما قيل المضارب الخ

فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على مامر (وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه

فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) قال صاحب العناية وانما ذكرها بعد مامر تمهيدا لقوله وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ (أقول) هذا الكلام منه ليس بشئ لانه ان أراد أن هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصها فليس كذلك قطعا وان أراد أنها مرت في ضمن الاصل المذكور فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الاصل فهو مسلم ولكن المسئلة الثانية أيضا مرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الاصل فلا وجه لجعل الاولى تمهيدا للثانية مع الاشتراك في المرور بالمعنى المزبور بل لم تكن مسئلة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من أحد أنواع ذلك الاصل فيلزم التكرار في كل واحدة منهما على مازعمه فالحق ان كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من حيث خصوصيتهما كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجهما تحت أصل كلي مر كيف وتفريع الفروع على الاصول من هذا القبيل مع انه المسلك المعتاد في عامة المواقع (قوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه) قال في العناية فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما أجيب بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وقال وبهذا اندفع ماقيل المضارب اما أن يكون ماذونا بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك اهـ كلامه (أقول) في آخر كلامه اضطراب لان الظاهر من تعليل اندفاع ماقيل بقوله لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا انه اختار كونه غير ماذون لان كونه غاصبا انما جعل فيما قبل فرعا لكونه غير ماذون فتعليل اندفاع ذلك بتبين انه خرج عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير ماذون فحينئذ لم يحتج الى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الخ لان وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قبل فرعا لكونه ماذونا فاذا اختار كونه غير ماذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا فان قلت مراده أن الفعل المضارب ههنا وهو صبغها أحمر جهتين مختلفتين أولاهما خلط مال المضاربة بمال نفسه وثانيتهما الاستدانة على المالك وان المضارب ماذون بهذا الفعل وغير

(قوله وان صبغها أحمر) التخصيص بالحمرة لان السواد نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله فاما سائر الالوان فمثل الحمرة (قوله لانه ليس بعين مال قائم به) ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب يعني اذا قصر الغاصب ثوب انسان بغير اذنه فازدادت قيمته بقصارته كان للمالك أن يأخذ ثوبه مجانا بغير عوض وأما اذا كان الغاصب صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذ ثوبه مجانا بل يتخير رب الثوب ان شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة مازاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شاء ضمنه جميع قيمة الثوب الابيض يوم صبغه وترك الثوب عليه (قوله انتظامه الخلطة) يعني قوله اعمل برأيك ينتظم الخلط فانه يملك بهذا اللفظ اثبات الشركة بالخلط لانه يحتمل ان يحصل الربح بهذا السبب فكذا ينتظم فعل الصبغ لان الصبغ عين مال قائم والصبغ خلط مال المضاربة بهذا الصبغ فاذا بيع الثوب يصير شريكا في ثمنه بحصة مازاد الصبغ فيه بخلاف القصارة والحمل فانه ليس بمال قائم حتى يصير شريكا بالخلط فكان استدانة على رب المال وانه لا يملك الاستدانة بقوله اعمل برأيك والله أعلم

*(فصل

(فصل آخر) هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة تذكر في فصل على حدة قال (فان كان معه ألف) ماذكره المصنف واضح ومبناه على أصل وهو على أن ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فالمضمون على المضاربة والربح

(فصل آخر) قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين ثم اشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا أن له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على مانبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه أنه لما نض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ماينافي المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة) لانه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة (ولا يبيعه مرابحة الا على ألفين) لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما

ماذون باعتبار تينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لامزيد عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا أوله الذي أشار اليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتام في نفسه اذ لا يرى وجه يقتضي أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك على أن الجهتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما ماذونا في فعله هذا وغير ماذون ثم أقول الصواب عندي في دفع ماقيل المضارب اما أن يكون بهذا الفعل مأذونا أو غير مأذون الخ أن نختار كونه مأذونا به بقوله اعمل برأيك ونمنع وقوعه على المضاربة حينئذ اذ الاذن المذكور ليس بمقصور على أن يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده بل يعم التصرف في مال المضاربة منفردا أو منضما الى غيره مماله جهة في التثمير كخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره على ماتقرر في بيان النوع الثاني من الاصل المار ذكره وقد أشار اليه المصنف ههنا بقوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه تدبر

(فصل آخر) لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها في فصل على حدة ولما لم تكن من نفس

(فصل آخر) (قوله هذا الذي ذكره حاصل الجواب) أشار الى قوله يغرم رب المال الا انه لا يغرم في الحال اذ الثمن في الحال كله على المضارب لانه هو العاقد (قوله وبينهما منافاة) أي بين كون الشئ مضمونا وبين كونه أمانة لانه لو لم يخرج نصيب المضارب من المضاربة يجتمع الضمان مع كونه أمانة وهذا لا يجوز نظيره ما اذا استهلك المضارب رأس المال أو أنفقه أو أعطاه رجلا فاستهلكه لم يكن له ان يشتري عليه شيأ لانه صار مضمونا عليه بالتعدي ومن حكم المضارب أن يكون أمينا فان أخذه من الذي استهلك كان له ان يشتري على المضاربة رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله لانه أحد العوضين فصار بمنزلة الثمن وروى محمد رحمه الله ان المضارب اذا أقرضه فان رجعت اليه دراهم بعينها رجعت على المضاربة لانه زال التعدي وان أخذ مثلها لم يرجع لان الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ماينافي المضاربة لان رب المال موكل وقرار الضمان انما يكون على الموكل (قوله ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف) فان المضارب يأخذ ألفا لان ربع العبد كان له فيكون له ربع الثمن وهو الالف فيبقى ثلاثة آلاف يرفع منه رأس المال وهو ألفان وخمسمائة ويبقى خمسمائة ربحا يقسمانه على ماشرطا (قوله فاشترى رب المال) أي من أجنبي

بينهما على ماشرطا وضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها وتحقيقه ماذكره فخر الاسلام رحمه الله في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها بزا فهو مضاربة فاذا باعه بالفين ظهرت حصة المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى جارية بالفين وقع ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فاذا هلك الثمن صار غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبنى المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان منافيا لها ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لابطلنا ماغرم لانه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربا بالنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية باربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال يلائم المضاربة ولا يضيع مايضمن بل يلحق برأس المال واذا كان كذلك. كان رأس المال في ذلك ألفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين

(فصل آخر)

(قوله وان كان معه ألف) معناه واضح وقوله (لتغاير المقاصد) لان مقصود رب المال وصوله الى الالف مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد وقوله (الا أن فيه شبهة العدم) أى عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان فى ملكه ولم يستفد به ألفا لم يكن فى ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة فى المرابحة فاعتبر أقل الثمنين وهو خمسمائة كثبوته من كل وجه والا كثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى أنه بيع ماله بماله (قوله فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ) كان الدفع والفداء اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه (فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما أرباعا لان رأس المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما) ولهذا اعتق الربع ان كان العبد قريبه (وألف هو رأس المال) وقيد العين بالوحدة احترازا عما اذا كان عينين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم (فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما بيناه) أنه صار مضمونا عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة (وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضى بانقسام الفداء عليهما فانه يتضمن انقسام العبد بينهما) لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه (والمضاربة تنتهى بالقسمة بخلاف ما تقدم) يعنى به ما اذا ضاع الالفان فى المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهى المضاربة هنالك (لان جميع الثمن فيه على المضارب) لكونه العاقد والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله (ولان العبد كالزائل) لانه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهى بالهلاك (فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم) يريد به ما تقدم فى المسئلة المتقدمة وهى ما اذا ضاع الالفان فان العبد فيها على المضاربة (فان كان معه ألف فاشترى بها عبدا وهلك قبل النقد الى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لان المال فى يده أمانة) وقد هلك وقد بقى عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض ثانيا (لا يصير) المضارب (مستوفيا لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون) وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى الى أن يسقط عنه العهدة بوصول الثمن الى البائع

قال (وان كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بألف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة) لان هذا البيع مقضى بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا أن فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لانه اعتبر عدما فى حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر فى البيوع قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما بيناه وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضى بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهى بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم قال (فان كان معه ألف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع اليه رب المال) لان المال أمانة فى يده ولا يصير مستوفيا والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى

مسائل المضاربة التى لابد منها للمضاربة أخرذ كرها

(قوله لتغاير المقاصد) اذ مقصوده وصوله الى الالف ومقصود المضارب وصوله الى المبيع (قوله لانه اعتبر عدما) لانه لم يزل العبد عن ملكه ولم يستفد ألفا لم يكن فى ملكه ومبنى المرابحة على الامانة والتحرز عن الخيانة فيكون البيع الثانى ملحقا بالعدم فى حقها فكأنه لم يوجد الا البيع الاول (قوله وقد مر فى البيوع) أى فى باب المرابحة (قوله ظهر الربح) بدليل انه يظهر فى حق العتق اذا كان قريبا له ولو أعتقه ينفذ أيضا (قوله بخلاف ما تقدم) ذكر فى الفوائد الظهيرية فرق بين هذا وبين ما تقدم حيث لا يخرج هنالك ما يخص رب المال عن المضاربة وهنا يخرج والفرق أن الواجب فيما تقدم ضمان التجارة وضمان التجارة لا ينافى المضاربة والواجب هنا ضمان الجناية وضمان الجناية ليس من التجارة فى شىء فلا يبقى على المضاربة (قوله يرجع مرة بعد أخرى) لان الشراء لا يبطل بهلاك الثمن فيبقى موجبا دين الثمن عليه وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين فى العمل واستيفاء ذلك لا يقع بقبض هذه الالوف لان جميعها يصير رأس مال المضاربة وقبض رأس المال قبض أمانة واستيفاء الدين انما يكون بقبض مضمون وقبض

(قوله وصوله الى الالف مع بقاء العقد) أقول أى عقد المضاربة

(بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الا مرة) واحدة (لانه أمكن أن يجعل مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب) فانه يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر أمينا فيه وفيه نظر لان الضمان هنالك باعتبار سبب هو تعد قد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبرا جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب ألفا فضاربه المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس فى الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق دفعا للتحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن أن يجاب عنه بان مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بالف أخرى أصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا أهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن يوجب الرجوع على المشترى وقوله ولو غصب ألفا الخ لم تثبت فيه رواية تحوج الى الفرق بينهما وقوله (ثم فى الوكالة) للفرق بين ما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل

بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم فى الوكالة فى هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة فى يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

(قوله بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب) يعنى أن الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أمينا قال صاحب العناية بعد هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هنالك باعتبار سبب هو تعد قد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبرا جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ثم قال ويمكن أن يجاب عنه بان مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بالف أخرى أصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا أهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشترى اهـ (أقول) فى الجواب نظر أما أولا فلان قول المصنف لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب صريح فى اثبات امكان جعله مستوفيا بمجامعة الوكالة الضمان فى صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب فكيف يمكن أن يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله أن السبب فى صورة توكيل الغاصب ببيع المغصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هنالك امكان اجتماعهما ههنا وأما ثانيا فلان قوله وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ليس بتام لان الضرر اللازم للموكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بالف أخرى انما هو الضرر الضرورى الغير الناشئ من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعد منه ولا محذور شرعا فى مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده يد أمانة ألا ترى ان الوديعة اذا هلكت فى يد المودع من غير تعد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب وأما ثالثا فلان قوله وأما ههنا فحق رب المال لا يضيع الى قوله فاخترنا أهون الامرين غير متمش فيما اذا هلك الالف والعبد معا اذ لا يبقى حينئذ

الامانة لا ينوب عن القبض المضمون فلهذا يرجع اليه مرة بعد أخرى الى أن يسقط عنه الثمن بوصول الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء لا يرجع بالثمن الا مرة لان قبض الوكيل جاز اتصافه بالضمان والامانة كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب جاز ويكون مضمونا عليه حتى لو هلك فى يد الوكيل يجب الضمان واذا جاز اتصافه بالضمان ففى هذه الصورة يرجع مرة لان ذلك القبض لما سبق وجوب دين الثمن لم يكن بجهة الاستيفاء فلم يقع قبض ضمان بل قبض أمانة فلا يتحقق الاستيفاء فيكون له الرجوع مرة للاستيفاء وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل الثمن اليه هذا قبض استيفاء لما كان بعد وجوب الثمن ولا رجوع بعد الاستيفاء والله أعلم

(قوله فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل) أقول يعنى حقه فى الالف المدفوع (قوله بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع) أقول حيث يجرى بينهما مبادلة حكمية كما تقدم

و بين ما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع فى الاول ويصير به مستوفيا وفى الثانى لا يرجع أصلا وكلامه فيه واضح والله أعلم

(فصل فى الاختلاف) أخر هذا الفصل عما قبله لانه فى الاختلاف وهو فى الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين قال (وان كان مع المضارب ألفان الخ) اختلاف رب المال

والمضارب اذا كان فى مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومعه ألفان دفعت الى ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول للمضارب وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعى الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف فى الحقيقة فى مقدار المقبوض والقول فى ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب أو أمينا كالمودع لكونه أعرف بمقدار المقبوض واذا كان فى مقدار الربح مع ذلك أى مع الاختلاف فى رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمشروط نصفه فالقول فيه أى فى الربح لرب المال يعنى وفى رأس المال للمضارب كما كان أما فى رأس المال فلما مر من الدليل وأما فى الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو أنكر أصل الشرط بان قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا اذا أنكر الزيادة وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل فى رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل فى الربح من لان البينات للاثبات واذا كان فى صفة رأس المال كما اذا قال من معه ألف درهم هى مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت ألفا وقال فلان هى بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعى عليه تقويم عمله بمقابلة الربح أو شرطا من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتنى وقال رب المال هى بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لانه يدعى عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه

(فصل فى الاختلاف) قال (وان كان مع المضارب ألفان فقال دفعت الى ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول قول المضارب) وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعى عليه الشركة فى الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر فى الكتاب لان الاختلاف فى الحقيقة فى مقدار المقبوض وفى مثله القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا لانه أعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك فى مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد

شئ من رأس المال حتى يلحق الهالك منه فيستوفيه رب المال من الربح والظاهر ان جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جار فى هذه الصورة أيضا بناء على الدليل المذكور فى الكتاب قال فى النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحبوبى ثلاثة أوجه فى الفرق بين المضارب والوكيل أحدها ما ذكر فى الكتاب والثانى أنا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لابطلنا حق الموكل أصلا لانه اذا رجع عليه بالف أخرى ضاع ذلك أصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الامانة لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار أهون الامرين والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده فاما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف فى كل مرة لرب المال فيرجع عليه فى كل مرة اه (أقول) فى كل واحد من تلك الاوجه الثلاثة نظر أما فى الاول فلما عرفته آنفا وأما فى الثانى والثالث فلان كل واحد منهما يقتضى أن لا يرجع الوكيل على الموكل فى مرة أولى أيضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا برجوعه عليه فى المرة الاولى فى تلك الصورة أما اقتضاء الثانى ذلك فلان ابطال حق الموكل يتحقق بالرجوع فى المرة الاولى أيضا لعلة مذكورة وأما اقتضاء الثالث اياه فلان انعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا بما حدث بعد زوال الامانة بالانعزال ولو كان فى مرة أولى وأيضا يرد على الوجه الثانى ما أوردناه ثانيا وثالثا على جواب صاحب العناية عن نظره تأمل تقف ثم أقول الحق عندى فى الفرق بين المضارب والوكيل فى مسئلتنا هذه أن يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فانه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر فى كتاب الوكالة فاذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه فاذا هلك بعد لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلا فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه الامرة فيما اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء أمانة فى يده وهلك بعد الشراء وقد أشار اليه المصنف بقوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة فى يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فتامل

(فصل فى الاختلاف) أى فى الاختلاف بين رب المال والمضارب أخر هذا الفصل لان الاختلاف

(فصل فى الاختلاف) (قوله لان الاختلاف فى الحقيقة فى مقدار المقبوض وفى مثله القول قول القابض) أى فى مثل هذا الاختلاف وهو الاختلاف فى مقدار المقبوض القول قول القابض احترز به عما لو وقع الاختلاف فى صفة المقبوض من كونه قرضا أو وديعة أو بضاعة فالقول فيه قول رب المال (قوله ولو اختلفا مع ذلك فى مقدار الربح) أى لو اختلفا فى مقدار المشروط من الربح مع الاختلاف فى رأس المال صورته

من جهته وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات (ومن كان معه ألف درهم فقال هى مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هى بضاعة فالقول قول رب المال) لان المضارب يدعى عليه تقويم عمله أو شرطا من جهته أو يدعى الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتنى وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة فى نوع وقال الآخر ما سميت لى تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته

فى الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين (قوله ولو قال المضارب أقرضتنى وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) قال صاحب العناية وسماه مضاربا وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضاربا فى الاول ثم أقرضه اه وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة (أقول) تسمية أحد المتخالفين مضاربا عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال أن يكون مضاربا فى الاول مما لا يقبله فطرة سليمة جدا والاقرب عندى أنه سماه مضاربا بالمشاكلة بما ذكر فى أخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما فى نفسى ولا أعلم ما فى نفسك وقول الشاعر

قالوا اقترح شيأ نجد لك طبخه * قلت اطبخوا لى جبة وقميصا

(قوله لان المضارب يدعى عليه التملك) حمل صاحب النهاية التملك فى قول المصنف يدعى عليه التملك على تملك الربح حيث قال أى تملك الربح وسلك صاحب العناية أيضا هذا المسلك حيث قال لانه يدعى عليه تملك الربح (أقول) الظاهر ان مراد المصنف بالتملك ههنا تملك أصل المال لان دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وأما تملك الربح فامر تابع لتملك أصل المال فى هذه الدعوى فحمل التملك ههنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح أما أولا فلما أشرنا اليه من أن الاصل فى دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وتملك الربح من فروع ذلك وحمل التملك فى الدليل على تملك الربح يوهم خلاف الاصل وأما ثانيا فلان دعوى تملك الربح قد تنفك عن دعوى تملك أصل المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق أصل المال فادعاء مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع فى الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح وأما تمليك الربح كما ذكره صاحب العناية ففى نفس صحته أيضا اشكال يظهر

ما ذكر فى الايضاح واذا اختلف رب المال والمضارب فى رأس المال والربح فقال رب المال رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لى النصف فالقول قول المضارب فى قدر رأس المال والقول قول رب المال فيما شرط من الربح لانه يستفاد بشرطه وهو منكر للشرط وأيهما أقاما البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينته لان رب المال يدعى فضلا فى رأس المال والمضارب يدعى فضلا فى الربح والبينات شرعت للاثبات وفى الاوضح قال الامام رضى الدين رحمه الله رأيت فى بعض نسخ شروح الاصل ان البينة بينة المضارب اذ هى المثبتة اذ الملك ثابت لرب المال فى كل قدر لا يقوم عليه الحجة للمضارب لكون البعض رأس المال كون البعض نماء رأس ماله فلا يكون الثبوت فيه بالبينة ولو قال المضارب أقرضتنى وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب وفى عكسه بان ادعى رب المال القرض وادعى المضارب المضاربة فالبينة هناك بينة رب المال والقول قول المضارب لان رب المال لما ادعى القرض والمضارب المضاربة فقد اتفقا على ان الاخذ كان باذن ورب المال يدعى ضمانا وهو ينكر فكان القول قوله والبينة بينة رب المال لانه مدع للضمان والبينة بينة المدعى كذا فى الايضاح (قوله وقال الآخر) أى المضارب فالقول للمضارب فى دعوى العموم أى مع اليمين (قوله لان الاصل فيه العموم) يدل عليه أنه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح ويملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى مطلق العقد العموم لم يصح العقد الا

مضاربا وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضاربا فى الاول ثم أقرضه ولو أقام البينة فالبينة للمضارب لانها تثبت التمليك ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وان أقاماها لانها تثبت الضمان واذا كان فى العموم الخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال أما اذا أنكر الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكر وكذا اذا أنكر العموم لانه يجعل انكاره ذلك نهياله عن العموم وله أنه ينهى عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم نصا فههنا أولى وان كان بعده ورب المال يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لان الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل أنه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة واذا كان كذلك كان مدعى العموم

والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

ذلك كله بالتامل الصادق وتتبع قواعد الفقه وأقوال الائمة (قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة) قال صاحب النهاية ورب المال أيضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة رب المال أقوى بالقبول لاثباتها أمرا عارضا وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتامل في صحته وان كانت رواية الايضاح تساعده أيضا اه كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي وبان الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة وأجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فاقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة الى هنا كلامه (أقول) جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الآخر انما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا مخالفته لاذن رب المال فانه يدعي الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب في الجواب عنه أن يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لا لانه ليس بمدع شيأ بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر آنفا فكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذه النكتة قال المصنف وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكال ما ذكره المصنف ههنا فتدبر (قوله ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى) أقول لقائل أن يقول هذا مناقض لما ذكره آنفا من أن البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن التطبيق بأن يحمل ما ذكره أولا على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد أن ذكر قول المصنف ولو وقتت البينتان الخ وان لم توقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت احداهما دون الاخرى فالبينة لرب المال (أقول) يرد عليه ان هذا ينافي ما ذكره المصنف من ان البينة بينة المضارب اذ لا يمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذلك على عدم التوقيت كما ترى ولقد أحسن صاحب النهاية في أسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف ولو وقتت البينتان الخ شيأ من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقط ولكن قال بعد ما استشكل قول المصنف فيما قبل والبينة بينة المضارب الخ وأما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم وفي دعواهما الخصوص واحدا وذكر ما في الذخيرة مفصلا مندرجا فيه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقتت البينتان الخ فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية

بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة (قوله والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفي الضمان) أي لاحتياجه الى اثبات الاذن في نوع يدعي الاذن فيه حتى ينتفي الضمان عنه وعدم حاجة الآخر أي رب المال الى البينة لان ما يدعيه ثبت بقوله اذ هو المتمسك بالاصل (قوله لان آخر الشرطين ينقض الاول) هذا من باب العمل بالبينتين لان العمل بهما ممكن بان يجعل كانه أذن له بالعموم أولا ثم نهى عن العموم فاذن له بالخصوص أو أذن له بالخصوص أولا ثم أذن له بالعموم وان لم يؤقت البينتان وقتا أو وقتا على السواء أو وقتت احداهما وقتا دون الاخرى يقضي ببينة رب المال لانه تعذر القضاء بهما معا لانهما لا يقعان معا ولا على الترتيب لان الشهود لم يشهدوا بالترتيب واذا تعذر القضاء بالامرين تعذر العمل بالبينتين فيعمل ببينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت هكذا ذكر في الاصل وفي القدوري اذا أقاما البينة فان نص شهود المضارب أنه أعطاه مضاربة في كل تجارة فالبينة بينته وان لم يشهدوا بهذا الحرف فالبينة بينة رب المال وصورة توقيت البينتين قال رب المال في دعوى الخصوص دفعت اليك ألفا مضاربة في بز في رمضان وأقام على ذلك

متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن مستفاد من جهته والبينة بينة المضارب قال المصنف (لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة) واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي وبان الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة وأجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فاقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر ولا يحتاج الى بينة (ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول) وان لم توقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت احداهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاء بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء بهما تعمل بينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت والله أعلم

*(كتاب

(كتاب الوديعة)

منسوبا الى صاحب الذخيرة فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف لاعترافه بان ما ذكره المصنف ههنا مطابق لرواية الايضاح دون رواية الذخيرة

(كتاب الوديعة)

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في أول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة أمانة بلا تمليك شئ وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم فكان في الكل الترقي من الادنى الى الاعلى كذا في الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة اذ فيه اعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الامانة وهو من أشرف الخصال عقلا وشرعا قال عليه الصلاة والسلام الامانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر وفي المثل الامانة أقامت المملوك مقام الملوك والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك ثم ان الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أي عن تركهم اياها قال شمر زعمت النحوية ان العرب أماتوا مصدر يدع والنبي صلى الله عليه وسلم أفصح العرب وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها لانها شئ يترك عند الامين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد أمين انتهى (أقول) فيه سماجة ظاهرة اذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك وانما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها لغة الترك الا بتأويل بعيد لا يساعده لفظه وهو أن يراد بذلك انها مشتقة من الودع الذي هو الترك وقال جماعة من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال (أقول) الظاهر أن الوديعة في الشريعة أيضا هي المال المودع الذي يترك عند الامين لا نفس التسليط على حفظ المال وان التسليط على حفظ المال هو الايداع وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الايداع لغة تسليط الغير على حفظ أي شئ كان مالا أو غير مال يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فأنا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال اه حيث فسرا الايداع بالتسليط المزبور دون الوديعة وقالا والمال مودع ووديعة (وأقول) فيما ذكر في الكافي والكفاية أيضا شئ لان محصول ذلك ان معنى الايداع لغة أعم من معناه شريعة لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول أيضا بالمال لان المذكور فيها عند بيان معناه يقال أودعته مالا أي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة أيضا لما أطبق أرباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه بل كان اللائق بهم أن يقولوا أودعته شيأ أو دفعته اليه ليكون وديعة عنده والعجب ان صاحب الكافي والكفاية بعد ان قالا الايداع لغة تسليط الغير على حفظ أي شئ كان مالا أو غير مال قالا أيضا يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهدا به شئ يوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان اللائق بهما

بينة وقال المضارب دفعت الي ألفا في شوال في طعام وأقام على ذلك بينة وكل بينة شهدت بالتوقيت كما هو دعوى المدعي كانت بينة المضارب أولى لان الثاني ناسخ الاول والله أعلم بالصواب

(كتاب الوديعة)

الودع الترك وسميت الوديعة بها لانها شئ يترك عند الامين قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي المستحفظ قصدا والامانة هي الشئ الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان

(كتاب الوديعة)
وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في أول الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة أمانة لا تمليك بشئ وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي أعلى من الهبة لانه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله في اعانة عباد الله تعالى واستيجابه الاجر والثناء على ذلك وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد مر مرارا ومشروعيتها بقوله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها باطلاقه وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد أمين وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال وركنها أودعتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلا كان أو قولا والقبول من المودع حقيقة أو عرفا فان من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب

(كتاب الوديعة)

الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاع كان ضامنا لان هذا قبول للوديعة عرفا وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشئ بدون اثبات اليد غير متصور فايداع الطير فى الهواء والعبد الآبق غير صحيح وحكمها كون المال أمانة عنده قال (الوديعة أمانة فى يد المودع) قد ذكرنا أن الوديعة فى الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح فى ثوب فالقته فى بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص والوديعة أمانة فى يد المودع (اذا هلكت لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان) والغلول والاغلال الخيانة الا أن الغلول فى المغنم خاصة والاغلال عام قيل فيه نظر لانه ذكر فى غريب الحديث أنه قول شريح ليس بحديث مرفوع وأجيب بانه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم (ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها فلو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفى ذلك تعطيل لمصالح المسلمين) قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن فى عياله) قالوا المراد به من يساكنه لا الذى يكون فى نفقة المودع فحسب فان المرأة اذا أودع عندها شئ جاز لها أن تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن فى نفقته وتركه الاب فى بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط أن لا يعلم بمن فى عياله الخيانة فان علم ذلك وحفظها بهم ضمن وهذا اذا لم ينه عن الدفع اليهم (لان الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه) وهو انما يحفظ ماله بمن فى عياله فيجوز أن يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قيل العيال ليس بشرط فانه روى عن محمد أن المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس فى عياله أو دفع الى أمين من امنائه ممن يثق به فى ماله وليس فى عياله أنه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به فى ماله كان فى الوديعة كذلك (قوله ولانه) دليل آخر على ذلك وهو أنه أى المودع (لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته) لا محالة (ولا استصحاب الوديعة عند خروجه) وهذا معلوم للمودع (فيكون راضيا به)

قال (الوديعة أمانة فى يد المودع اذا هلكت لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن فى عياله) لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه

جدا ترك ذلك (قوله الوديعة أمانة فى يد المودع الخ) قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جوز بينهما المبتدأ والخبر ولا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا الا على طريق التفسير كقولك الليث أسد والحبس منع ومراد المصنف ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هى الاستحفاظ قصدا والامانة هى الشئ الذى وقع فى يده من غير قصد بان هبت الريح فى ثوب انسان وألقته فى حجر غيره والحكم فى الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفى الامانة لا يبرأ بعد الخلاف هكذا نقل عن الامام بدر الدين الكردرى الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هى الاستحفاظ قصدا والامانة هى الشئ الذى وقع فى يده من غير قصد بان هبت الريح فى ثوب انسان وألقته فى حجر غيره والحكم فى الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق فى الامانة الى هنا كلامه (أقول) يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور أن التقرير المسفور يقتضى أن يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر فى الاولى القصد وفى الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان فى مادة أصلا وكذا جعل حكم الاولى أن يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى أن لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضان لا يترتبان على شئ واحد فلا

وألقته فى حجر غيره والحكم فى الوديعة أنه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق فى الامانة والايداع لغة تسليط الغير على حفظه أى شئ كان مالا أو غير مال يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال وركنها الايجاب والقبول وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد ليتمكن من حفظه حتى لو أودع الآبق أو المال الساقط فى البحر لا يصح وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال أمانة عنده وشرعيتها بالكتاب قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها وأداء الامانة لا يكون الا بعدها والسنة فالنبى عليه السلام كان يودع ويستودع واجماع الامة فالصحابة ومن بعدهم الى يومنا يودعون ويستودعون ولان قبول الوديعة من باب الاعانة وهى مندوبة بقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وبقوله عليه السلام ان الله تعالى فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه (قوله غير المغل) المغل الخائن والاغلال الخيانة (قوله وبمن فى عياله) من زوجته أو ولده أو والديه أو أجيره والعبرة فى هذا الباب للمساكنة لا للنفقة حتى لو أودعت المرأة

(قوله قد ذكرنا أن الوديعة فى الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد) أقول يخالف لما تقدم فى الاقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صنعه (قوله والامانة أعم من ذلك الى قوله جاز حمل الاعم على الاخص) أقول فيه أن الامانة مباين للوديعة بهذا المعنى لأنها أعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين

ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة فى خروجه فكان المالك راضيا به

يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتعين التباين وحمل أحد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعا فلا يتم المطلوب وقال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا أن الوديعة فى الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح فى ثوب فالقته فى بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص اهـ كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة مباين للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين اهـ (أقول) قد كان لاح لى ماذكره من حديث كون الوديعة بهذا المعنى مباينا للامانة مع كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ أن لا يصح قول المصنف الوديعة أمانة فى يد المودع اذ التسليط على الحفظ أمر معنوى لا يمكن أن يكون فى يد المودع ولكن دفعتهما معا بحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بان يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعة من قبيل الاسناد المجازى فلا ينافى هذا أن تكون الوديعة فى الحقيقة ما يترك عند الامين فيندفع المحذوران المزبوران معا ثم ان هذا التوجيه وان كان بعيدا عن ظاهر اللفظ الا أنه لا بد من المصير اليه تصحيحا لكلمات ثقات الناظرين فى هذا المقام فان ذينك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم ألا ترى انه قال فى النهاية والكفاية فالوديعة هى الاستحفاظ قصدا والامانة هو الشئ الذى وقع فى يده من غير قصد وقال فى غاية البيان لان الوديعة عبارة عن كون الشئ أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد الى غير ذلك من عبارات المشايخ بقى ههنا شئ وهو ان ماذكره الشراح ههنا من ان الامانة أعم من الوديعة بناء على اعتبار القصد فى الوديعة دون الامانة مخالف لما صرحوا به فى أواخر باب الاستثناء من كتاب الاقرار من ان الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كاللقطة فانها وديعة فى يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فالقت ثوبا فى دار انسان وأما مجرد ماذكره المصنف هناك من ان الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضى المخالفة لجواز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وقد نبهت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه الى الامام بدر الدين الكردرى كما مر قال والاولى من الجواب فيه أن يقال لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون فكان قوله هو أمانة عنده أى غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه حتى ان لفظ الامانة ينسحب استعماله فى جميع الصور التى لا ضمان فيها وأراد بالوديعة ما وضع للامانة بالايجاب والقبول فكانا متغايرين فصح ايقاعهما مبتدأ وخبرا اهـ (أقول) فيه نظر اذ لو كان المراد بالامانة المذكورة فى الكتاب معنى غير مضمون لما احتيج الى ذكر قوله اذا هلكت لم يضمن للقطع بقبح أن يقال الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلكت لم تضمن لكون الثانى مستدركا وورد عليه الشارح العينى بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه لان العلم ما وضع لشئ بعينه وغير مضمون ليس كذلك وليت شعرى أى علم هذا من أقسام الاعلام اهـ كلامه (أقول) دفع هذا سهل لان لفظ الامانة ان كان علما لما هو غير مضمون كان من أعلام الاجناس كاسامة فانه علم لجنس الاسد وسبحان فانه علم لجنس التسبيح الى غير ذلك من أعلام الاجناس التى ذكروها فى كتب النحو وبينوا دخولها فى تعريف العلم بما وضع لشئ بعينه غير متناول غيره بوضع واحد فمن أتقن مباحث ذلك فى محالها لا يشتبه عليه الامر فيما نحن فيه (قوله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة فى خروجه فكان المالك راضيا به) أقول فيه شئ وهو أن قوله فكان المالك راضيا به يشعر

وديعتها الى زوجها لا تضمن وان لم يكن الزوج فى نفقتها لما كان مساكنها والابن الكبير اذا كان يسكن مع المودع ولم يكن فى نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة والمراد بالاجير التلميذ الخاص الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة فاما الاجير بعمل من الاعمال فكسائر الاجانب يضمن بالدفع اليه وفى الفتاوى

فان حفظها بغيرهم) بان ترك بيتا فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله (أو أودعها غيرهم) بان نقلها من بيته وأودعها عند غيرهم (ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره و) الحال أن (الايدى تختلف فى الامانة) قيل هذا يناقض قوله لان الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له أن يستودع ماله عند غيره فينبغى أن يملك ايداع الوديعة أيضا وخطؤه ظاهر لان قوله الظاهر

(فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن) لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والايدى تختلف فى الامانة ولان الشئ لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع فى حرز غيره ايداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال (الا أن يقع فى داره حريق فيسلمها الى جاره أو يكون فى سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة أخرى) لانه تعين طريقا للحفظ فى هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن فى الايداع قال (فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها) لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال (وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبى حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء) مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود

يكون مدار جواز دفع الوديعة الى عياله رضا المالك به وذلك يقتضى عدم جواز دفعها اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى أحد من عياله فدفعها الى ما لا بد له منه لم يضمن كما سيأتى فى الكتاب فالظاهر ان مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله فالاولى أن يترك فكان المالك راضيا به و يقال بدله فان امتناع الحفظ بعياله يقتضى سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع فى شرح القدورى للامام الزاهدى (قوله فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والايدى تختلف فى الامانة) أقول فيه أيضا شئ وهو ان ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يضمن أيضا اذا حفظها بيد من فى عياله لا بيد نفسه لان يدهم غير يد نفسه فالاظهر أن يقال لان المالك رضى بيدهم لا بيد غيرهم على نهج قوله فى نفس المسئلة فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع فى شرح القدورى للامام الزاهدى حيث قال لان الايدى

الصغرى تفسير من فى عياله أن يساكن معه سواء كان فى نفقته أولا والعبرة فى هذا الباب للمساكنة الا فى حق الزوجة والولد الصغير والعبد حتى أن الزوج اذا كان فى محلة والزوجة فى محلة أخرى ولا ينفق عليها زوجها ودفع الوديعة اليها لا ضمان على الزوج وكذا الابن الصغير اذا لم يكن فى عياله فدفع اليه لا يضمن ولكن يشترط أن يكون الصغير قادرا على الحفظ وكذا العبد اذا لم يكن فى عياله بمنزلة الابن الصغير فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن وقال ابن أبى ليلى لا يضمن لانه ملك الحفظ من جهة المالك فكان له أن يملك غيره كالمستعير يعير قال العلامة حميد الدين رحمه الله معنى قوله فان حفظها بغيرهم اذا كان باجر ومعنى قوله أودعها اذا كان بغير أجر وقيل معنى قوله فان حفظها بغيرهم بأن استحفظ المودع الوديعة فى بيته بغيره بان ترك الوديعة والغير فى بيته وخرج هو بنفسه أو أودعها غيرهم بان نقل الوديعة من بيته ودفعها الى أجنبى وديعة (قوله ولان الشئ لا يتضمن مثله) ولا يلزم المستعير حيث له أن يعير والمأذون له أن ياذن والمكاتب له أن يكاتب لان المستعير مالك والمأذون والمكاتب يتصرف بحكم فك الحجر كما بعد العتق فله أن يملك غيره بخلاف المودع فانه مأمور بالحفظ والمأمور بالشئ لا يملك أن يفوض ما أمر به الى غيره ولهذا الوكيل بالطلاق والعتاق لا يوكل غيره وان كان الناس لا يتفاوتون فيه (قوله الا أن يقع فى داره حريق) استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ذكر شمس الائمة الحلوانى رحمه الله اذا وقع فى بيت المودع حريق فدفع الوديعة الى أجنبى فان أمكنه أن يناولها بعض من فى عياله فهو ضامن والا فلا ضمان عليه ولا يصدق على ذلك الا ببينة وفى المنتقى اذا علم أنه احترق داره قبل قوله وان لم يعلم لا يقبل الا ببينة (قوله شركه ان شاء) ولو هلك قبل التمييز هلك من مالها (قوله

أن يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ (قوله ولان الشئ لا يتضمن مثله) قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فان لهم ولاية فعل ما فعل بهم والوعد بالجواب فى مظانها ولا باس بذكره ههنا اجمالا وهو أن المستعير مالك للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التمليك (والوضع فى حرز الغير ايداع) كالتسليم اليه فيوجب الضمان (الا اذا استأجره فيكون حافظا بحرز نفسه) (قوله الا أن يقع فى داره حريق) استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جاره أو الالقاء الى سفينة أخرى طريقا للحفظ فيكون مرضى المالك و ينتفى الضمان لكنه متهم فى دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والالقاء فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من اقامة البينة وقال فى المنتقى اذا علم احتراق بيته قبل قوله يعنى بلا بينة قال (فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها الخ) اذا طلب المودع الوديعة والحنطة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعد اذ المتعدى هو الذى يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع فاذا طلبه لم يرض بعد ذلك بامساكه

(قوله لان الايداع استحفاظ لا حفظ) أقول فيه تأمل

وقد حبسه فصار ضامنا والخلط الثانى للتمييز تعذر فيوجب الضمان و يقطع الشركة عند أبى حنيفة وقالا ان خلط بالجنس شركه ان شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بمثلها والسود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والا تعذر الوصول الى حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل الى أيهما شاء ولابى حنيفة أنه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم (قوله وأمكنه معنى) غير صحيح لانه بالقسمة وهى من أحكام الشركة (فلا تصلح موجبة لها) لئلا ينقلب المعلول علة (ولو أبرأ المالك) الخالط (سقط حقه عن ذمة المودع عنده لانه لا حق له الا فى الدين وقد أسقط وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرف الابراء اليه فتبقى الشركة فى المخلوط و) ان خلط المائع بغير الجنس كـ(خلط الخل)

بالحاء المهملة وهو دهن السمسم (بزيت الزيتون) صار مذهبهما كمذهب أبى حنيفة و(يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك صورة) وهو ظاهر (ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) لان حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس (ومن هذا القبيل) أى من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع (خلط الحنطة بالشعير فى الصحيح) وقوله فى الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الجواب فى ذلك كالجواب فى خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور (لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز) صورة ومعنى (وان خلط المائع بجنسه أوجب الضمان عنده لما ذكرنا) من الاستهلاك (وعند أبى يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر) فيكون المخلوط لصاحب الكثير و يضمن لصاحب القليل (اعتبارا للغالب أجزاء

والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما أنه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى أيهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبى حنيفة لانه لا حق له الا فى الدين وقد سقط وعندهما بالابراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة فى المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير فى الصحيح لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند أبى حنيفة ينقطع حق المالك الى ضمان لما ذكرنا وعن أبى يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر فى الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة قال (وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها) كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال (فان أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه

تختلف فى الامانة فلا يكون رضاه بيدهم رضا بيد غيرهم (قوله ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) قال بعض الفضلاء فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة

وأمكنه معنى بالقسمة) اذ القسمة فيما يكال أو يوزن افراز وتعيين بالاجماع ولهذا يملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصة نفسه بلا رضا وقضاء واذا كان استهلاكا من وجه دون وجه فان شاء مال الى جانب الهلاك وضمنه مثله وان شاء مال الى جانب القيام وشاركه فى المخلوط (قوله وله أنه استهلاك من كل وجه) لانه ليس الاستهلاك من العباد الا هذا وهو التعييب وهو اما انعدام المحل فبتخليق الله تعالى ولهذا كان له حق التضمين بالاجماع وهو امارة الاستهلاك (قوله ولا معتبر بالقسمة) جواب عن قولهما وأمكنه معنى بالقسمة لان القسمة ليست بموصلة الى عين حقه ولكن جعلت طريقا للانتفاع بطريق الضرورة بناء على قيام الشركة وحكما فلا تصلح علة موجبة للشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة (قوله ولو أبرأ الخالط الخ) بيان ثمرة الخلاف (قوله ومن هذا القبيل) أى من قبيل ما يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع خلط الحنطة بالشعير فى الصحيح لانه لا يصل المالك الى عين ملكه الا بحرج والمتعسر كالمتعذر ولان الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة فتعذر التمييز حقيقة وتعذر التمييز حكما أيضا بالقسمة لاختلاف الجنس لان القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروعة وقيل لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالاجماع هنا و يكون له الخيار وقيل القياس أن يصير المخلوط ملكا للخالط عند أبى حنيفة رحمه الله وفى الاستحسان لا يصير (قوله على ما مر فى الرضاع) وهو قوله واذا اختلط لبن امرأتين الى قوله وقال محمد رحمه الله يتعلق التحريم بهما

وعند محمد شركه بكل حال) أى سواء كان الخلط بالقليل أو بغيره (لان الجنس لا يغلب الجنس عنده لما مر فى الرضاع) اذا جمع بين لبن امرأتين فى قدح وصب فى حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد (ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لصيرورته مائعا بالاذابة وان اختلطت بمال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلطا صارا شريكين لانه لم يصنع شيأ يوجب الضمان وهذا بالاتفاق) فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل فى المال المشترك أن يكون الهالك من مالهما والباقى على الشركة (فان أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه

قال المصنف (ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) أقول فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة (قوله لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر) أقول هذا تعليل لقوله ومن هذا القبيل الخ

بالباقي ضمن الجميع) البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض به خلط الا يقال فاجعل الرد قضاء لا خلطا العدم تفرده بالقضاء بغير محضر من صاحبه ولو لم يرد ما أنفق كان ضامنا لما أنفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه و بما أنفق لم يتعيب الباقي فان هذا مما لا يضره التبعيض اذ الكلام فيه وان أخذ ولم ينفق ثم بداله فرده الى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه لان أخذه لم يناف الحفظ و بمجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى أن يغصب مال انسان ولم يفعل قال (واذا تعدى المودع في الوديعة الخ) واذا تعدى المودع في الوديعة فركب الدابة أو لبس الثوب أو استخدم العبد أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا لان الوديعة لكونها أمانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافي الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته مادامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض (٤٥٦) بان الامر باق فيكون مأمورا بدوام الحفظ وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد للامر من الاصل

كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود وأجيب بانا لا نسلم أن المخالفة فيه رد له من الاصل لان بطلان الشيء انما يكون بما هو موضوع لابطاله أو بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لابطال الايداع ولا تنافيه ألا ترى أن الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بان يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل بخلاف الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز أن يكون رد القول مثله ألا ترى أن الجحود في أوامر الشرع رد لها يكفر به والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأمور به ليست برد ولهذا لا يكفر بها (قوله كما اذا استأجره) تنظير لمسئلة الوديعة بالاستئجار فان

بالباقي ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال (واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه أو أودعها غيره ثم أزال التعدي فردها الى يده زال الضمان) وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا أن الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال (فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها) لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع

نفسها من موجبات نفس الشركة اهـ (أقول) هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة قطعا اذ لا شك أنه لا يجب على المشتركين في شيء قسمة ذلك الشيء بل يجوز أن يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة أبدا فانما الذي من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها فلا يصلح أن يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لئلا ينقلب المعلول علة فان

لان الجنس لا يغلب الجنس (قوله ضمن الجميع) أي بعضه بالانفاق و بعضه بالخلط وحكم الخلط ما مر من الوجوه وفاقا وخلافا وهذا لان ما أنفق صار دينا في ذمته وهو لا ينفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه فيكون خلطا لما بقي بملك نفسه وهو موجب للضمان عليه نعم يد المودع كيده لكن فيما فوض اليه وهو الحفظ لا في الخلط وعند مالك والشافعي رحمهما الله اذا أنفق بعضها صار ضامنا للكل لانه بالخيانة زالت الامانة فتجب الغرامة (قوله ولنا أن الامر باق لاطلاقه) وهذا لانه قال احفظ مالي وهذا اللفظ يتناول جميع الاوقات ما قبل الخلاف وما بعده ولم يبطل بالخلاف لان بطلان الشيء بما وضع لابطاله أو بما ينافيه والاستعمال ليس بموضوع لابطال الايداع ولا ينافيه ولهذا صح الامر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء بان يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل له واذا كان الامر بالحفظ باقيا فقد رده بترك التعدي الى نائب المالك أعني نفسه وقول الشافعي رحمه الله لان عقد الوديعة قد ارتفع قلنا ارتفاع العقد ما كان باعتبار معنى صادف العقد بل ضرورة فوات موجب العقد وهو الحفظ للمالك واذا كان الفوات ضروريا يتقدر بقدر الضرورة فيظهر أثر ارتفاع العقد في

المخالفة ترك الحفظ في بعض أوقات كونها وديعة فصار كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ   فيضمنها

في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أمينا واعترض بان هذا التنظير غير مستقيم لان بقاء كونه أمينا باعتبار أن عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد برده بخلاف ما نحن فيه وأجيب بأن العقد اللازم وغير اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالاجارة والعارية والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستئجار ورد العقد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيأ فشيأ فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر و يكون باقيا لبقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل وقوله (فحصل الرد الى نائب المالك) جواب عن قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه أن المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك وقوله (فان طلبها صاحبها الخ) ظاهر

(قوله لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خلطا العدم تفرده) أقول قوله لعدم تفرده جواب لقوله لا يقال فاجعل الخ (قوله ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة) أقول الظاهر أن يقال وهو الخيانة

وقوله (ولو جحدها عند غير صاحبها) كأن قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة (لا يضمنها عند أبي يوسف) وكذا لو جحدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة (خلافا لزفر) وانما ذكر خلافهما فحسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة قيل لان هذا الفصل غير مذكور في المبسوط وانما ذكر في اختلاف زفر و يعقوب فذكر كذلك وجه قول زفر أن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أولا كالاتلاف حقيقة و وجه قول أبي يوسف ما ذكره أنه من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة الخ) وللمودع أن (٤٥٧) يسافر بالوديعة وان كان لها حمل

ومؤنة قالوا اذا كان الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها في أهله ولا فرق بين السفر الطويل والقصير وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة لكن قيل عند أبي يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان أو بعيدا وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين أي سواء كان لها حمل ومؤنة أولا لابي حنيفة اطلاق الامر لان الآمر أمره بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان فان قيل سلمنا أن اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محلا للحفظ أجاب بقوله والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا أي ولكون المفازة محلا للحفظ يملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف

فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع أو لان المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة) وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده بالحفظ

المعلول هنا عندهما جواز الشركة قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشركة ونفس الشركة بعد أن تتعلق مشيئته بها وكلاهما كانا موجبان جواز القسمة تأمل (قوله وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة الخ) قال صاحب العناية في حل هذا المحل قالوا اذا كان الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها في أهله اهـ (أقول) هذا تحرير مختل وحل فاسد لانه ان كان مقول القول في قالوا مجموع ما ذكره بأن كان قوله اذا كان الطريق آمنا شرطا وما بعده جزاءه فسد المعنى جدا اذ يلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق مخوفا قسما مما كان آمنا فيلزم أن يكون ضد الشيء قسما منه وهو باطل قطعا وان كان مقول ذلك قوله اذا كان الطريق آمنا فقط بان كان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا كان الطريق آمنا كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق بيانا لحكم كون الطريق مخوفا في المسافرة بالوديعة وكان قوله واذا كان آمنا وله بد من السفر الخ تفصيلا لحكم كون الطريق

قدر ما وجد الخلاف فيه وفيما وراءه يبقى على ما كان (قوله بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق) لان العقد باق اذ الخلاف ليس برد للامر لان الامر قول ورد القول بقول مثله أما الجحود فهو قول ورد للامر لان الجاحد يكون متملكا للعين والمالك في ملكه لا يكون مأمورا بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه أوامر الشرع فالجحود فيها رد حتى لو أنكر أمر الله يكفر والخلاف لا يكون ردا حتى لو ترك صوما أو صلاة لا يكفر (قوله ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها) عند أبي يوسف رحمه الله بان قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس لفلان عندي وديعة (قوله خلافا لزفر رحمه الله) انما قيد باختلافهما فحسب مع أن عدم وجوب الضمان مذهب العلماء الثلاثة رحمهم الله لان هذا الفصل ذكر في اختلاف زفر و يعقوب لا في غيره (قوله أو طلبه) يعني اذا طلب المودع الوديعة فكانه عزله عن الحافظ ولم يوجد الطلب هنا ولا ينفرد هو بالعزل (قوله وان كان لها حمل ومؤنة) الحمل بالفتح مصدر حمل الشيء ومنه ماله حمل ومؤنة يعنون ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهر

مضمونا لما جاز لهما ذلك قبيل مسافرة الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا وأجيب بانه توضيح للاستدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح لان ولايتهما على مال الصبي نظرية وأولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد لان المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزمه

(قوله قيل لان هذا الخ) أقول قائله السيد جلال (قوله وان لم يكن وسافر باهله الخ) أقول مخالف لما في غاية البيان (قوله لان ولايتهما على مال الصبي نظرية) أقول لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولولا أنه من الاحسن لما جاز ذلك لهما

لا يرضى به فيتقيد به لكن أبا يوسف جعل السفر القريب عفوا قياسا على الغبن اليسير المالك مؤنة الرد والظاهر أنه

المتعارف وهو الحفظ فى الامصار وصار كالاستحفاظ بأجر قلنا مؤنة الرد تلزمه فى ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالى به والمعتاد كونهم فى المصر لاحفظهم ومن يكون فى المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بأجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم فى مكان العقد (واذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لان التقييد مفيد اذ الحفظ فى المصر أبلغ فكان صحيحا قال (واذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند أبى حنيفة وقالا يدفع اليه نصيبه) وفى الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف فى المكيل

آمنا فى المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام أيضا لانه ان أراد بقوله اذا كان الطريق آمنا فى قوله قالوا اذا كان الطريق آمنا ما هو عام لما كان له بد من السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله فى التفصيل واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك منافيا لذلك قطعا وان أراد بذلك ما هو مقيد بان لم يكن له بد من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينافيه قوله فى التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع ان حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر فى الكتاب على ان ما ذكر فى الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق اللفظ ويدل عليه قطعا قول المصنف فيما بعد واذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر فى واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن أحد قط التفصيل الذى ذكره صاحب العناية فى صورة اذا كان الطريق آمنا ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه وانما ذكروا ذلك التفصيل فى صورة ان كان الطريق مخوفا أو ان عين المالك المصر للحفظ فيه فالصواب فى هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال هذا كله اذا كان الطريق آمنا أما اذا كان مخوفا وله بد من السفر ضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصى وان لم يكن له بد من السفر ان سافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه يمكنه أن يتركها فى أهله كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان اه وتحرير صاحبى الكافى ومعراج الدراية حيث قالا هذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل أطلق فان عين الحفظ فى المصر فسافر ان كان سفر اله منه بد ضمن وان كان سفرا لا بد له منه فان أمكنه الحفظ فى المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحدا من عياله مع الوديعة فى المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لم يضمن اه وكأن صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وأفسد معنى المقام (قوله وفى الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك) قال فى العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور فى مختصر القدورى من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى (أقول) فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بحصر موضع المسئلة فيما يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل والموزون قوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشئ اذ لا شك أن الالف انما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر كيف ولو أفاد بذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول للمكيل أصلا بمقتضى قوله وهو موزون ولا الموزون الذى هو غير الالف فيفوت المطلوب وقال فى معراج الدراية قال أبو جعفر فى الكشف فى هذه الرواية من الفائدة ما ليس فى رواية كتاب الوديعة وذلك أن رواية كتاب الوديعة القاضى لا يأمر المودع بالدفع وكان يجوز أن يقول قائل ان كان القاضى لا يأمر المودع بالدفع فله أن يأخذ ديانة فلما قال فى الجامع ليس له أن يأخذ زالت هذه الشبهة وفائدة أخرى أن رواية كتاب

أو أجرة حمال وبيانه فى لفظ الاصل ماله مؤنة فى الحمل كذا فى المغرب هذا اذا كان الطريق آمنا بان لا يقصده أحد غالبا ولو قصده يمكنه دفعه بنفسه وبرفقة السفر ولم ينهه المودع عنها (قوله وصار كالاستحفاظ بأجر) بان استأجر رجلا ليحفظ متاعه شهرا بدرهم فسافر بالمال يضمن (قوله والمعتاد كونهم فى المصر لاحفظهم) جواب عن قول الشافعى رحمه الله (قوله لانه عقد معاوضة) لانه بالاجارة اشترى منافعه فالحفظ انما يقع بمنافع

المالك مؤنة الرد والظاهر أنه فى التجارات والشافعى يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ فى الامصار وجعله كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استأجر رجلا شهرا بدرهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن (قوله قلنا مؤنة الرد) جواب عن قولهما وتقريره سلمنا أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع أمره فانه أمره مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى راجع الى المالك فلا يبالى به وقوله (والمعتاد كونهم فى المصر) جواب عن قول الشافعى يعنى ان المعتاد كون المودعين وقت الايداع فى المصر (لاحفظهم فان من كان فى المفازة يحفظ ماله فيها) ولا ينقله الى الامصار (بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم فى مكان العقد واذا نهاه المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ فى المصر أبلغ فكان صحيحا) قال (واذا أودع رجلان عند رجل وديعة الخ) اذا تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها فى غيبة الباقين لم يجبر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقى وقالا يدفع اليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقى ان هلك فى يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور فى مختصر القدورى من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكر محمد الخلاف فيما يقسم ومالا يقسم قال فى الفوائد الظهيرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالاجماع وحكاية الحمامى فى المسئلة مشهورة لهما

والموزون وهو المراد بالمذكور فى المختصر لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما فى الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابى حنيفة انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه فى المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه تسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها

الوديعة فى اثنين ورواية الجامع فى الثلاثة فلولا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكا ويجعل تبعا للاكثر فلا يؤخذ من المودع فأما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكا ولا تبعا فله أخذه فتبين برواية الجامع أن كليهما سواء اه (أقول) فى الفائدة الاخرى نظر لان جواب المسئلة فى رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أبى حنيفة وهذا لا يدفع توهم قائل ان علة عدم الاخذ فى هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب فى تلك الرواية فلا مجال لتوهم أن يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الاخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما فى الكتاب اللهم الا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول أبى يوسف ومحمد فى هذه المسئلة دون قول أبى حنيفة فحينئذ تظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف (قوله بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه) أى حق المديون (لان الديون تقضى بامثالها) فلا يكون هذا تصرفا فى حق الغير بل يكون المديون متصرفا فى مال نفسه فيجوز كذا فى النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أولا هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف فى ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك اه (أقول) هذا النظر فى غاية السقوط لان المديون مأمور بالتصرف فى ماله بالدفع الى من له يجب عليه ذلك لا الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك أنه يجب على المديون قضاء دينه فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لا بد من أن يقضى بمثله وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه الى

المالك فيلزمه المقام مع المالك ليمكنه التسليم كما وجب عليه لان الداخل تحت العقد المنافع فى المصر فاذا خرج صار مخالفا لان هذه المنافع غير داخلة فضمن وهنا انما يحفظ على سبيل المعونة فلا يجبر به هذا اذا لم يعين صاحب الوديعة المصر للحفظ فيه بل أطلق الحفظ اطلاقا فان عين المالك عليه الحفظ فى المصر فسافر فان كان سفر اله منه بد ضمن وان كان سفرا لا بد له منه فان أمكنه الحفظ فى المصر مع السفر بان أمكنه أن يترك واحدا من عياله مع الوديعة فى المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لا يضمن (قوله وهو المراد بالمذكور فى المختصر) وهو قوله واذا أودع رجلان عند رجل وديعة وانما ذكر هذا احترازا عن قول بعض المشايخ حيث قالوا الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال وفيما هو من ذوات القيم سواء وفى المسئلة حكاية فان رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحمامى هميانا فخرج أحدهما قبل صاحبه وأخذ الهميان وذهب به ثم خرج الآخر وطالبه بالهميان ولعلهما تواطئا على ذلك فتحير الحمامى فقيل له فصل هذا الامر عند أبى حنيفة رحمه الله فذهب اليه وقص عليه القصة فقال له أبو حنيفة رحمه الله لا تقل دفعته الى صاحبك ولكن قل لا أدفعه اليك حتى يحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحمامى كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله ولهذا كان له أن يأخذ) أى المودع الحاضر اذا ظفر به وهذا لان يد المودع كيد المودع ولو كان فى يد المودع له أن يأخذ فكذا اذا كان فى يد نائبه (قوله ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع) فانهما قالا لو أخذ نصيبه ثم هلك الباقى فى يد المودع ثم حضر الغائب له أن يشاركه فى المقبوض فثبت ان القسمة ليست بنافذة (قوله لانه يطالبه بتسليم حقه) أى حق المديون (قوله

أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما فى الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ومن طالب ما سلم لم يمنع منه ولهذا كان له أن يأخذه وان كان فى يد المودع بالاتفاق ولابى حنيفة لا نسلم أنه طالبه بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه لان المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة لانه ليس بوكيل فى ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه أى حق المديون لان الديون تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا فى حق الغير بل المديون يتصرف فى مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف فى ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك والحق أن الضمير فى حقه للشريك لا للمديون كما وقع فى الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم حقه أى بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء

(قوله لان المذكور فيه) أقول يعنى المذكور فى الجامع الصغير (قوله أى حق المديون) أقول يعنى ماله (قوله وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف فى ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك) أقول يتكفل بدفعه قوله لأن الديون تقضى بامثالها

قوله له أن يأخذه فلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما اذا كان له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه قال (وان أودع رجل عند رجلين شيأ مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر) وهذا عند أبي حنيفة وكذلك الجواب عنده في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم أحدهما الى الآخر وقالا لاحدهما أن يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما أنه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لان الفعل متى أضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل الى أحدهما في بعض الاحوال

دائنه فكان ماموراً به و بالجملة ليس كل ما يجب على انسان لانسان دفع عين ما أخذه منه بل قد يكون دفع مثله و بدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا ثم قال صاحب العناية والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم حقه أي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بأمثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كلام المصنف لا يساعده لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون المديون لم يتم استدلاله على قوله لانه يطالبه بتسليم حقه بقوله لان الديون تقضى بامثالها اذ كون قضاء الديون بامثالها لا بأعيانها لا يدل على أن الشريك يطالب المديون بتسليم حق نفسه لان المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المديون وهذا مما لا استرة به وأما ثانيا فلأن ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الانسان ماموراً بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك أولى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا في سقوطه لانه قال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة اه وهذا أحق بما توهمه كما ترى والمدفع ما أوضحناه من قبل (قوله قوله له أن يأخذه) أي قول الخصم في هذه المسألة كذا وهو الامامان على ما مر وقد تعسف فيه الشارح العيني حيث قال والضمير في قوله يرجع الى القائل المعهود في الذهن أي قول القائل نصرة لقولهما كذا اهو لا يخفى ما فيه وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم لتوجيه افراد ضمير قوله ههنا (قوله قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ) جواب عن قول الامامين له أن يأخذه تقريره ان جواز الاخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز أي من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أي لغريم المودع بالكسر أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع اليه كذا في العناية وغيرها (أقول) ههنا اشكال وهو أن هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير فان جواب المسألة فيها فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وهذا دال على عدم جواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله والجواب المذكور في الكتاب مشعر بجواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة أيضا وان لم يجبر المودع على دفع ذلك اليه عنده

وعليه ألف لغيره الى آخره) صورته اذا كان لرجل ألف درهم وديعة عند انسان وللآخر على الرجل المودع ألف فلصاحب الدين وهو الغريم ان يأخذ تلك الوديعة من يد المودع ان ظفر بها وان لم يكن للمودع أن يدفع الالف الى غريمه (قوله وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء) أي اذا رهن شيأ مما لا يقسم عند رجلين فلكل واحد من المرتهنين ان يحفظ الرهن باذن الآخر وكذا اذا وكل وكيلين بالشراء ودفع الثمن اليهما يكون لكل واحد من الوكيلين ان يحفظ الثمن باذن الآخر (قوله لان الفعل) أي فعل الاستحفاظ

انما يقع بالمقاصة وقوله (له أن يأخذه) جواب من قولهما ولهذا كان له أن يأخذه وتقريره جواز الاخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز يعني من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أي لغريم المودع بالكسر أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع اليه قوله (وان أودع رجل عند رجلين شيأ مما يقسم) ما يقسم هو الذي لا يتعين بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون وما لا يقسم هو ما يتعين به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق وكلامه ظاهر وقال في المبسوط قول أبي حنيفة أقيس لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضا بامانة واحد فاذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ أحدهما الكل

قال

(واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن) معناه اذا لم يكن له من التسليم اليها بد علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال (اذا نهاه أن يدفعها الى أحد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لا يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه أو كانت شيأ يحفظ على أيدي النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته) وهذا معنى قوله (وهو محمل الاول) والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان واذا لم يكن مفيدا أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو وعلى هذا اذا نهى عن الدفع الى امرأته وله امرأة أخرى أمينة أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخالف فهلك ضمن واذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع الى امرأته وليس له سواها أو عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به قال (ومن أودع رجلا وديعة الخ) اذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند أبي حنيفة ويخير رب المال في تضمين أيهما شاء عندهما لانه قبض من ضمين لان المالك لم يرض بغيره فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثاني والثاني قد قبض منه والقابض من الضمين ضمين كمودع الغاصب غير أنه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وان ضمن الثاني يرجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولابي حنيفة أنه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رأيه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده ولهذا لو دفع الى من يحفظه بحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجد تعد منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه وأما الثاني فمستمر على الحالة الاولى وهو القبض من أمين

قال (واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه أن يدفعها الى أحد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لا يضمن) كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيأ يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو (وان كان له منه بد ضمن) لان الشرط مفيد لان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز (وان حفظها في دار أخرى ضمن) لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال (ومن أودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الاول وليس له أن يضمن الثاني وهذا عند أبي حنيفة وقالا له أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول) لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير أنه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع

لجواز أخذ غريم المودع بالكسر ما أودعه عند انسان اذا ظفر به من المودع بالفتح وان لم يكن للمودع أن يدفعه اليه اذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجويز أخذ الشريك الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يجبر المودع على دفع ذلك اليه عند أبي حنيفة لما احتيج في الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه الى التشبث بحديث أن ليس من ضرورات جواز الاخذ أن يجبر المودع على الدفع بل لما أفاد ذلك الحديث المقصود بل كان الواجب في الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الاخذ أيضا فالجواب المزبور أيضا انما يتمشى على ما ذكر في مختصر القدوري وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب

(قوله وهو محمل الاول) أي فرواية الجامع الصغير بقوله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن محمل رواية القدوري التي ذكرها مطلقا فانه لا يضمن حتى اذا كان له منه بد بان كانت الوديعة شيأ خفيفا يمكن للمودع استصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه فدفعه الى عياله ضمن وذكر في المغني واذا دفع الرجل الى غيره وديعة وقال له لا تدفعها الى امرأتك فاني اتهمها أو قال الى ابنك أو قال الى عبدك وما أشبه ذلك فدفع اليه فان كان لا يجد المودع بدا من الدفع اليه بان لم يكن له عيال سواه لم يضمن بالدفع اليه وان كان يجد منه بدا فهو ضامن * المودع اذا وضع الوديعة في حانوته فقال له صاحبها لا تضع في الحانوت فانه مخوف فتركها فيه حتى سرق ليلا ان لم يكن له موضع آخر أحرز من الحانوت لا يضمن وان كان له موضع آخر أحرز من الحانوت فهو ضامن اذا كان قادرا على الحمل (قوله فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) وهذا استحسان وفي القياس يضمن لان البيتين قد يتفاوتان في الحرز بان يكون ظهر أحدهما الى السكة فيتمكن السارق من الاخذ منه ما لا يتمكن من البيت الآخر فيفيد الشرط وقد خالفه فيضمن (قوله لا يتفاوتان في الحرز) كما اذا قال له احفظها في هذا الجانب من

قال المصنف (ومن أودع رجلا وديعة فاودعها آخر الخ) أقول في أوائل كتاب الصلح من المبسوط المودع اذا وقع الحريق في بيته فناول الوديعة جارا له كان ضامنا في القياس انتهى لان المودع أمره بان يحفظه بنفسه نصا وان لا يدفع الى أجنبي ثم قال في المبسوط وفي الاستحسان لا يكون ضامنا لان الدفع الى الغير في هذه الحالة من الحفظ انتهى والمسئلة مذكورة في كتاب الهداية في أوائل الوديعة

ملك نفسه وان ضمن الثانى رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أنه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن مالم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك وأما الثانى فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا ألقت فى حجره ثوب غيره قال (ومن كان فى يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له أودعها اياه وأبى أن يحلف لهما فالالف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضى جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثانى فان حلف فلا شئ لهما لعدم الحجة وان نكل أعنى للثانى يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثانى ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا أقر لاحدهم الان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به

الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم أن صاحب غاية البيان قال فى شرح قولهما ولهذا كان له أن يأخذه فكذا هو يؤمر بالدفع اليه ولو كان المال فى أيدى الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر فكذا هنا له أن يأخذ نصيبه من المودع وقال فى شرح الجواب عنه والجواب عن قولهما لو كان فى أيديهما كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه نقول لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع ألا ترى أن الغريم اذا أخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم وهذا معنى قوله كما اذا كان له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه الى هنا كلام ذلك الشارح (أقول) فعلى هذا الاستخراج يتمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ان تقرير المصنف لا يساعد ذلك جدا تبصر (قوله وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة) أى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الالف الواحد مودعا عند اثنين بكماله كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندى فى معنى المقام فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة أصلا وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال فى بيانه بان يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا اه (أقول) ليس هذا بشئ لان ماذكر فى أصل المسئلة من قوله فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها اياه يدل على أن كل واحد منهما ادعى أنها ملك له فى الحال أودعها اياه ولا شك أن العين الواحد لا يتصور أن يكون ملكا لاثنين بكماله فى حالة واحدة ولا أن يكون مودعا من اثنين بكماله فى حالة واحدة وفى الصورة التى ذكرها ذلك القائل قد زال ايداع أحدهما الالف عمن هى فى يده وزال ملكه عنها أيضا باشترائه بها سلعة من الآخر وتسليمها اليه فكيف يحتمل أن يصدقا معا فى دعواهما المزبورة (قوله ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين) قال جماعة من الشراح فى تعليل تغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى ألفا (أقول) يرد عليه أن كل واحد منهما انما يدعى ألفا معينا وهو ما فى يد المدعى عليه كما صرح به فى وضع المسئلة والنقود تتعين فى الودائع على ما تقرر فى موضعه ونص عليه الزيلعى فى شرح هذه المسئلة فى

البيت فحفظها فى الجانب الآخر أو قال احفظها فى هذا الصندوق فحفظها فى صندوق آخر (قوله ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا ألقت فى حجره ثوبا غيره) فان قيل الاول انما يصير مضيعا بالمفارقة فاذا ضمن الاول بالترك عند الثانى كان من ضرورته ان يضمن الثانى قلنا رب المال لو قال أذنت لك ان تدفعه الى فلان لكن بشرط ان لا تفارقه ففارقه ضمن الاول دون الثانى وهذا تقدير مسئلتنا فصار الثانى مودعا منفردا فى حق نفسه لانه لما لم يصر نفس الايداع خيانة بل صار داخلا فى ولايته حال حضرته حصلت الوديعة فى يد الثانى أمانة فلا يضمن بالامساك (قوله صحيحة) أى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الالف الواحد مودعا من اثنين بكماله (قوله وان نكل أعنى للثانى) أى بعد ما حلف للاول (قوله ولا يقضى

اذلم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح اذا ألقت فى حجره ثوب غيره (واذا كان فى يد رجل ألف فادعى رجلان كل واحد منهما انها له أودعها الخ) ظاهر سوى ألفاظ نذكرها قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى ألفا قوله وان نكل أعنى الثانى أى بعد ما حلف الاول قوله ولا يقضى بالنكول يعنى للاول لان الثانى ربما يقول انما نكلت لك لانك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما

قال المصنف (ان دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق) أقول بان يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا (قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى ألفا) أقول لا بل يدعى الالف المعين الآن يراد باعتبار المالك والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق فى يمينه على مامر فى الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه

اما

(قوله فينكشف وجه القضاء) بأن يقضى بالالف للاول أو للثانى أو لهما جميعا لانه لو حلف للثانى فلا شئ له والالف كله للاول (ولو نكل للثانى أيضا كان الالف بينهما) فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه (قوله لانه) أى لان المودع المنكر (أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله) عند أبى حنيفة (وباقراره) عندهما (ولو قضى للاول حين نكل قال الامام على البزدوى فى شرح الجامع الصغير انه يحلف للثانى واذا نكل يقضى بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثانى لان القاضى قدمه اما باختياره أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق

أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثانى فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثانى أيضا يقضى بها بينهما نصفين على ماذكر فى الكتاب لاستوائهما فى الحجة كما اذا أقاما البينة ويغرم ألفا أخرى بينهما لانه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو باقراره وذلك حجة فى حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه فلو قضى القاضى للاول حين نكل ذكر الامام على البزدوى فى شرح الجامع الصغير انه يحلف للثانى واذا نكل يقضى بها بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثانى لانه يقدمه اما بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثانى وذكر الخصاف انه ينفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة فى العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثانى ما هذا العبد لى لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قال ينبغى أن يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا لابى يوسف بناء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض

التبيين فمن أين يدل هذا على تغاير الحقين ثم ان بعض الفضلاء بين مغايرة الحقين بنهج آخر حيث قال والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق فى يمينه على مامر فى الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه انتهى (أقول) ليس هذا بمفيد ههنا لان ما يقتضيه أن يكون لكل منهما حق فى يمينه انما هو عدم الاكتفاء لتحليفه لاحدهما فقط وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب ههنا بل يحصل بتحليفه لهما معا وانما الذى يقتضى تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد أمر وراء أن يكون لكل واحد منهما حق فى يمينه ألا ترى أنهما لو ادعيا من أحد شيئا واحدا مشتركا بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق فى يمينه قطعا مع أنه لا يجب هناك تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد والاظهر فى تعليله أن يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد كما ذكره صاحب الكافى حيث قال وانما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لان كل واحد منهما ادعاه بانفراده انتهى تدبر (قوله أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثانى فينكشف وجه القضاء) قال صاحب العناية فى

بالنكول) لان من حجة الآخر أن يقول لو بدأت لى بالاستحلاف لكان ينكل أيضا (قوله أما النكول انما يصير حجة عند القضاء) ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شئ (قوله فينكشف وجه القضاء) بانه يقضى بالالف لهما أو لاحدهما لانه لو حلف للثانى فلا شئ له والالف كله للاول ولو نكل للثانى أيضا كان الالف بينهما فلذا يتوقف فى القضاء حتى يظهر وجه القضاء (قوله لانه) أى لان المودع المنكر ببذله أى عند أبى حنيفة رحمه الله أو باقراره أى عندهما (قوله وذلك حجة فى حقه) أى فى حق المودع المنكر (قوله بناء على ان المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رحمه الله) اذا أقر بالوديعة لزيد ثم قال لا بل أودعنيه فلان آخر قضى للاول لان الثانى رجوع فان دفعه الى الاول بغير قضاء ضمن وان دفعه بقضاء فكذلك عند محمد رحمه الله لانه مقر بلزوم الحفظ للثانى ثم عرضه للتلف باقراره وعند أبى يوسف رحمه الله لا يضمن لان القبض كان باذن والدفع باكراه القاضى ووجه البناء على هذه المسئلة ان الاقرار بالوديعة للثانى بعد ما استحقه الاول باقراره الاول لما كان مفيدا لوجوب الضمان للمقر له الثانى عند محمد رحمه الله ينبغى أن يحلفه للثانى وان استحقه لابى يوسف لان بمجرد اقراره لم يفوت على أحد شيئا وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد أنه سلط القاضى على القضاء بها للاول لاقراره وقد أقر أنه مودع للثانى والمودع اذا سلط على الوديعة غيره صار ضامنا وللمسئلة تفريعات ذكرت فى المطولات والله

الثانى) ولم يذكر أنه اذا حلف للثانى ماذا حكمه وقال أخوه فى شرح الجامع الصغير فان حلف يقضى بنكوله للاول وقوله (لكونه اقرارا) أى لكون النكول اقرارا (دلالة) وقوله (ماهذا العبد لى) يعنى لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا قيمته لانه لما أقر به للاول وثبت به حق الاول لا يفيد اقراره به للقاضى لانه لا يمكن دفعه الى الثانى بعد ذلك وقوله (بناء) أى قال الخصاف يحلفه عند محمد بناء (على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنها عند محمد خلافا لابى يوسف) كما اذا أقر بالوديعة لانسان ثم قال أخطأت بل هى لهذا كان عليه أن يدفعها الى الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لاقراره انها للثانى وأنه صار مستهلكا على الثانى لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك فى قول محمد خلافا

(قوله يقضى بالالف للاول أو للثانى) أقول فى قوله أو للثانى بحث (قوله لا يفيد اقراره به) أقول فيلغو ذكر العبد قال المصنف (قال ينبغى أن يحلفه عند محمد الى قوله بناء على أن المودع) أقول قوله قال جواب هل فى قوله وهل يحلفه بالله وقوله بناء مفعول له لقوله قال أو حال من فاعله

سبحانه وتعالى أعلم

قدذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب بما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج

الاطناب والله أعلم

(كتاب العارية)

قال (العارية جائزة) لانها نوع احسان وقد استعار النبي عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان (وهي تمليك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي رحمه الله يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك ولذلك يعمل فيها النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك

بيان وجه القضاء بان يقضي بالالف للاول أو للثاني أو لهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شئ له والالف كله للاول ولو نكل للثاني أيضا كان الالف بينهما انتهى (أقول) لا صحة لقوله أو للثاني اذ لا احتمال للقضاء بالالف للثاني بعد نكول ذي اليد للاول والكلام فيه فالمحتمل هنا وجهان لا غير والعجب أنه قال في التعليل لانه لو حلف للثاني فلا شئ له والالف كله للاول ولو نكل للثاني أيضا كان الالف بينهما وهذا قطعي في أن المحتمل هنا وجهان لا غير وكان منشأ زلته هو أن سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بأن يقضي بالالف لهما أو لاحدهما فتوهم الشارح المزبور ان قولهم أو لاحدهما يعم الاول والثاني فوقع فيما وقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الاول

(كتاب العارية)

قدمر وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله في أول الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية لغة وشريعة أما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح العارية بالتشديد كأنها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب والعارة مثل العارية اه وقال المطرزي في المغرب العارية أصلها عورية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة وأخذها من العار العيب أو العري خطأ اه وفي بعض الشروح ماذكر في المغرب هو المعول عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشرها وفي القاموس والمغرب وقد تخفف العارية وفي المبسوط قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها وأما شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن تمليك المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي هي عبارة عن اباحة الانتفاع بملك الغير وسيأتي دليل الطرفين في الكتاب (قوله ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك الخ) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن

الاول في مسئلة الكتاب عند محمد رحمه الله لان فائدة الحلف النكول وهو الاقرار والاقرار للثاني مفيد للضمان له وعند أبي يوسف رحمه الله لا يحلف لانه لا يضمن بالاقرار عنده فكذا بالنكول فلا فائدة للتحليف والله أعلم

(كتاب العارية)

في الصحاح العارية بالتشديد كأنها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب وفي المغرب العارية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة وأخذها من العار العيب أو العري خطأ وفي المبسوط وقيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين ولا تعود النوبة اليه في ملك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها (قوله ولا يشترط فيه ضرب المدة) أي اعلام مقدار المنفعة ببيان المدة والمنافع لا تصير معلومة الا بذكر المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك كما في الاجارة وكذلك يعمل فيه النهي أي يبطل الاعارة بالنهي ولو كانت تمليكا لما بطلت بالنهي كالهبة والاجارة ولا يملك المستعير الاجارة من غيره ومن ملك شيأ بغير عوض يملك تمليكه من غيره بعوض كالموهوب له (قوله فان العارية من العرية وهي العطية) هذا يخالف ماذكر في المغرب الا أن يريد به المشاركة في أكثر الحروف

قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه الى أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء (هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير) قيل وهو قول الشافعي قال (لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره) وكل من ذلك يدل على أنها اباحة أما الاول فلان التمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة وأما الثاني فلان التمليك يقتضي أن تكون المنافع معلومة لان تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تمليكا للمجهول وأما الثالث فلان المعير يملك النهي عن الاستعمال ولو كان تمليكا لما ملكه كالآجر لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع وأما الرابع فلان المستأجر يجوز أن يؤجر المستأجر لتملكه المنافع فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز له ذلك كما في الاجارة والهبة (وقال عامة العلماء انها تنبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية) وهي انما تكون تمليكا (ولهذا تنعقد بلفظ التمليك) مثل أن يقول ملكتك منفعة داري هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك فان قيل المنافع والمنافع

(كتاب العارية) قال المصنف (وهي تمليك المنافع الى قوله يقول هو اباحة الانتفاع) أقول كان المناسب أن يقول في الاول هو لتذكير

أعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك أجاب بقوله (والمنافع قابلة للملك كالاعيان) وبنى على ذلك قوله (والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض) وذلك ظاهر لا نزاع فيه (ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة) وفيه بحث من أوجه الاول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيأ بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض ان أمكن وأما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان ويمكن أن يجاب عنها بان هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه أولى (قوله ولفظة الاباحة) جواب عن قول الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه أن

والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك

للخصم أن يمنع كون العارية من العرية التي هي العطية ويقول بل هي من العار كما ذكر في الصحاح أو من العارة كما ذكر في المغرب أو من التعاور كما ذكر في المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الائمة لا يثبت انباء لفظ العارية عن التمليك وثانيهما أن للخصم أن يقول انعقاد العارية بلفظ التمليك لا يدل على كونها بمعنى التمليك دون الاباحة لجواز أن يكون لفظ التمليك هناك مستعارا لمعنى الاباحة لعلاقة لزوم الاباحة للتمليك كما قلتم في الجواب عن انعقادها بلفظة الاباحة ان لفظة الاباحة استعيرت للتمليك على ما سيأتي في الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من أوجه الاول انه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيأ بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض ان أمكن وأما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان الى هنا كلامه (أقول) كل واحد من أوجه بحثه ساقط أما الاول فلان ماذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي يقصده المعرف كأن يقال هذا التعريف هو الصحيح أو هو الحق ولا شك أن مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد صرحوا في موضعه بان الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة انما تورد على الاحكام الضمنية بان هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التي هي من التصورات ولا ريب ان أمر الاستدلال هنا أيضا كذلك وأما الثاني فلان المصنف لم يقصد اثبات كون لفظ العارية موضوعا في عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه أنه قياس في الموضوعات بل أراد اثبات قبول المنافع لنوعي التمليك بالقياس على قبول الاعيان لهما وقصد باثبات هذا دفع توهم الخصم أن المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك كما صرح به الشارح المذكور ولا يخفى أن قبول الاعيان لنوعي التمليك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته الى قبول المنافع لهما أيضا وأما الثالث فلانه ان أراد بقوله والمنافع ليست نظير الاعيان انها ليست نظيرها من كل الوجوه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الاصل في جميع الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرف في أصول الفقه وان أراد أنها ليست نظيرها في علة الحكم فهو ممنوع فان علة الحكم الذي هو القبول لنوعي التمليك فيما نحن فيه انما هي دفع الحاجة وهما أي الاعيان والمنافع مشتركان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف والجامع دفع الحاجة ثم قال ويمكن أن يجاب عنها بان هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية اه (أقول) وفيه بحث من أوجه الاول ان هذا التعريف ان كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه اذ قد تقرر في محله أن مآل التعريف اللفظي الى التصديق والحكم بان هذا اللفظ

ولهذا تنعقد بلفظة التمليك فان من قال لغيره ملكتك منافع هذا العين شهرا كانت اعارة (قوله ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك الى آخره) جواب عن قول الكرخي (قوله والجامع دفع الحاجة) فان قلت الحاجة تندفع

الخبر وهنا هي (قوله ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا)

أقول ولا يخفى أن التعريف اللفظي يقبل الاستدلال لكونه تصديقا لا تصورا (قوله ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد الخ) أقول أنت تعلم أن حكم الشئ لا يحمل عليه بالمواطأة (قوله كان سالما من الشكوك) أقول أما من الاول فسلم وأما من الاخيرين فلا

ملك نفسه وان ضمن الثانى رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أنه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن مالم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك وأما الثانى فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا ألقت فى حجره ثوب غيره قال (ومن كان فى يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له أودعها اياه وأبى أن يحلف لهما فالالف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضى جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثانى فان حلف فلا شئ لهما لعدم الحجة وان نكل أعنى للثانى يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثانى ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا أقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به

الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم أن صاحب غاية البيان قال فى شرح قولهما ولهذا كان له أن يأخذه فكذا هو يؤمر بالدفع اليه ولو كان المال فى أيدى الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر فكذا هنا له أن يأخذ نصيبه من المودع وقال فى شرح الجواب عنه والجواب عن قولهما لو كان فى أيديهما كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه نقول لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع ألا ترى أن الغريم اذا أخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم وهذا معنى قوله كما اذا كان له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه الى هنا كلام ذلك الشارح (أقول) فعلى هذا الاستخراج يتمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ان تقرير المصنف لا يساعد ذلك جدا تبصر (قوله وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة) أى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الالف الواحد مودعا عند اثنين بكماله كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندى فى معنى المقام فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة أصلا وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال فى بيانه بان يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا اه (أقول) ليس هذا بشئ لان ما ذكر فى أصل المسئلة من قوله فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها اياه يدل على أن كل واحد منهما ادعى أنها ملك له فى الحال أودعها اياه ولا شك أن العين الواحد لا يتصور أن يكون ملكا لاثنين بكماله فى حالة واحدة ولا أن يكون مودعا من اثنين بكماله فى حالة واحدة وفى الصورة التى ذكرها ذلك القائل قد زال ايداع أحدهما الالف عمن هى فى يده وزال ملكه عنها أيضا باشترائه بها سلعة من الآخر وتسليمها اليه فكيف يحتمل أن يصدقا معا فى دعواهما المزبورة (قوله ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين) قال جماعة من الشراح فى تعليل تغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى ألفا (أقول) يرد عليه أن كل واحد منهما انما يدعى ألفا معينا وهو ما فى يد المدعى عليه كما صرح به فى وضع المسئلة والنقود تتعين فى الودائع على ما تقرر فى موضعه ونص عليه الزيلعى فى شرح هذه المسئلة فى

البيت فحفظها فى الجانب الآخر أو قال احفظها فى هذا الصندوق فحفظها فى صندوق آخر (قوله ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا ألقت فى حجره ثوبا غيره) فان قيل الاول انما يصير مضيعا بالمفارقة فاذا ضمن الاول بالترك عند الثانى كان من ضرورته ان يضمن الثانى قلنا رب المال لو قال أذنت لك ان تدفعه الى فلان لكن بشرط ان لا تفارقه ففارقه ضمن الاول دون الثانى وهذا تقدير مسئلتنا فصار الثانى مودعا منفردا فى حق نفسه لانه لما لم يصر نفس الايداع خيانة بل صار داخلا فى ولايته حال حضرته حصلت الوديعة فى يد الثانى أمانة فلا يضمن بالامساك (قوله صحيحة) أى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الالف الواحد مودعا من اثنين بكماله (قوله وان نكل أعنى للثانى) أى بعدما حلف للاول (قوله ولا يقضى

اما

اذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح اذا ألقت فى حجره ثوب غيره (واذا كان فى يد رجل ألف فادعى رجلان كل واحد منهما انها له أودعها الخ) ظاهر سوى ألفاظ نذكرها قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى ألفا قوله وان نكل أعنى الثانى أى بعد ما حلف الاول قوله ولا يقضى بالنكول يعنى للاول لان الثانى ربما يقول انما نكلت لك لانك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما

قال المصنف (ان دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق) أقول بان يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا (قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى ألفا) أقول لا بل يدعى الالف المعين الا أن يراد باعتبار المآل والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق فى يمينه على ما مر فى الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه

أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف الثانى فينكشف وجه القضاء ولو نكل الثانى أيضا يقضى بها بينهما نصفين على ما ذكر فى الكتاب لاستوائهما فى الحجة كما اذا أقاما البينة ويغرم ألفا أخرى بينهما لانه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو باقراره وذلك حجة فى حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه فلو قضى القاضى للاول حين نكل ذكر الامام على البزدوى فى شرح الجامع الصغير انه يحلف للثانى واذا نكل يقضى بها بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثانى لانه يقدمه اما بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثانى وذكر الخصاف انه ينفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة فى العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثانى ماهذا العبد لى لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قال ينبغى أن يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا لابى يوسف بناء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض

التبيين فمن أين يدل هذا على تغاير الحقين ثم ان بعض الفضلاء بين مغايرة الحقين بنهج آخر حيث قال والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق فى يمينه على ما مر فى الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه انتهى (أقول) ليس هذا بمفيد ههنا لان ما يقتضيه أن يكون لكل منهما حق فى يمينه اياه وعدم الاكتفاء لتحليفه لاحدهما فقط وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب ههنا بل يحصل بتحليفه لهما معا وانما الذى يقتضى تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد أمر وراء أن يكون لكل واحد منهما حق فى يمينه ألا ترى أنهما لو ادعيا من أحد شيئا واحدا مشتركا بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق فى يمينه قطعا مع أنه لا يجب هناك تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد والاظهر فى تعليله أن يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد كما ذكره صاحب الكافى حيث قال وانما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لان كل واحد منهما ادعاه بانفراده انتهى تدبر (قوله أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف الثانى فينكشف وجه القضاء) قال صاحب العناية فى

بالنكول) لان من حجة الآخر أن يقول لو بدأت بى بالاستحلاف لكان ينكل أيضا (قوله أما النكول انما يصير حجة عند القضاء) ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شئ (قوله فينكشف وجه القضاء) بانه يقضى بالالف لهما أو لاحدهما لانه لو حلف للثانى فلا شئ له والالف كله للاول ولو نكل للثانى أيضا كان الالف بينهما فلذا يتوقف فى القضاء حتى يظهر وجه القضاء (قوله لانه) أى لان المودع المنكر ببذله أى عند أبى حنيفة رحمه الله أو باقراره أى عندهما (قوله وذلك حجة فى حقه) أى فى حق المودع المنكر (قوله بناء على ان المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رحمه الله) اذا أقر بالوديعة لزيد ثم قال لا بل أودعنيه فلان آخر قضى للاول لان الثانى رجوع فان دفعه الى الاول بغير قضاء ضمن وان دفعه بقضاء فكذلك عند محمد رحمه الله لانه مقر بلزوم الحفظ للثانى ثم عرضه للتلف باقراره وعند أبى يوسف رحمه الله لا يضمن لان القبض كان باذن والدفع باكراه القاضى ووجه البناء على هذه المسئلة ان الاقرار بالوديعة للثانى بعدما استحقه الاول باقراره الاول لما كان مفيدا لوجوب الضمان للمقر له الثانى عند محمد رحمه الله ينبغى أن يحلفه للثانى وان استحقه

(قوله فينكشف وجه القضاء) بأن يقضى بالالف للاول أو للثانى أو لهما جميعا لانه لو حلف للثانى فلا شئ له والالف كله للاول (ولو نكل للثانى أيضا كان الالف بينهما) فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه (قوله لانه) أى لان المودع المنكر (أوجب الحق لكل واحد منهما بذله) عند أبى حنيفة (وباقراره) عندهما (ولو قضى للاول حين نكل قال الامام على البزدوى فى شرح الجامع الصغير انه يحلف للثانى واذا نكل يقضى بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثانى لان القاضى قدمه اما باختياره أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثانى) ولم يذكر أنه اذا حلف للثانى ماذا حكمه وقال أخوه فى شرح الجامع الصغير فان حلف يقضى بنكوله للاول وقوله (لكونه اقرارا) أى لكون النكول اقرارا (دلالة) وقوله (ماهذا العبد لى) يعنى لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا قيمته لانه لما أقر به للاول وثبت به حق الاول لا يفيد اقراره به للقاضى لانه لا يمكن دفعه الى الثانى بعد ذلك وقوله (بناء) أى قال الخصاف يحلفه عند محمد بناء (على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنها عند محمد خلافا لابى يوسف) كما اذا أقر بالوديعة لانسان ثم قال أخطأت بل هى لهذا كان عليه أن يدفعها الى الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لاقراره انها للثانى وأنه صار مستهلكا على الثانى لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك فى قول محمد خلافا لابى يوسف لان بمجرد اقراره لم يفوت على أحد شيئا وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد أنه سلط القاضى على القضاء بها للاول لاقراره وقد أقر أنه مودع للثانى والمودع اذا سلط على الوديعة غيره صار ضامنا وللمسئلة تفريعات ذكرت فى المطولات والله

(قوله يقضى بالالف للاول أو للثانى) أقول فى قوله أو للثانى بحث (قوله لا يفيد اقراره به) أقول فيلغو ذكر العبد قال المصنف (قال ينبغى أن يحلفه عند محمد الى قوله بناء على أن المودع) أقول قوله قال جواب هل فى قوله وهل يحلفه بالله وقوله بناء مفعول له لقوله قال أو حال من فاعله

التمليك ووجهه أن الجهالة المفضية الى النزاع هى المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم ووجه آخر ان الملك فى العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة وقوله (والنهى منع عن التحصيل) جواب عن قوله وكذلك يعمل النهى فيه ووجهه أن عمل النهى ليس باعتبار أنه ليس فى العارية تمليك بل من حيث انه بالنهى يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التى لم يملكها بعد وله ذلك لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع على ملك المستعير أى وقت شاء كما فى الهبة وقوله (ولا يملك الاجارة) جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجىء هذا ما يتعلق بتفسيرها أو حكمها وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر مرارا من التعاضد المحتاج اليه المدنى بالطبع وهى عقد جائز لانه نوع احسان وقد استعار النبى صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وانما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به قال (وتصح بقوله أعرتك الخ) هذا بيان الالفاظ التى تنعقد بها العارية وتصح بقوله أعرتك لانه صريح فيه أى حقيقة فى عقد العارية وأطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه قيل أى مجاز فيه وفى عبارته نظر لانه اذا أراد بقوله مستعمل (ومنحتك

والجهالة لا تفضى الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهى منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال (وتصح بقوله أعرتك) لانه صريح فيه (وأطعمتك هذه الارض) لانه مستعمل فيه

بازاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع بخلاف التعريف الحقيقى اذ لا حكم فيه بل هو تصور ونقش فلا معنى لقوله فان كان الاول فما ذكر فى بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك والثانى انه قد تقرر فى موضعه أيضا أن التعريف الرسمى الذى بالخواص انما يكون بالخواص اللازمة البينة ولا شك أن اللوازم البينة لا تحتاج الى البيان فلا وجه لقوله وان كان الثانى جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية والثالث أن الظاهر ان ضميرعنها فى قوله و يمكن أن يجاب عنها راجع الى وجه بحثه مع أن ما ذكره فى الجواب على تقدير تمامه انما يكون جوابا عن الوجه الاول من تلك الاوجه دون غيره كما لا يخفى على الفطن ثم قال ولو جعلنا المذكور فى الكتاب حكم العارية وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس فى كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه أولى اه (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه لو جعل ما ذكر فى الكتاب حكم العارية لبقى البحث الثالث قطعا فلا يتم قوله كان سالما من الشكوك وأما ثانيا فلان قول المصنف هى تمليك المنافع بغير عوض يحمل التمليك عليها بالمواطأة ينافى ظاهرا كون المذكور فى الكتاب حكم العارية اذ حكم الشئ لا يحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس فى كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا وأما ثالثا فلان توجيهه هذا ينافى ما ذكره فى أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف فى تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هى تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخى يقول هى اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعى اه فان توجيهه هذا يقتضى أن يكون الاختلاف المذكور فى حكمها لا فى تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالما من الشكوك أما من الاول فسلم وأما من الاخيرين فلا اه (أقول) سلامته من الثانى أيضا ظاهر اذ على تقدير أن يكون ما ذكر فى الكتاب حكم العارية دون معناه شرعا لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليله المذكور أنه قياس فى الموضوعات وهو غير صحيح (قوله والجهالة لا تفضى الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة) جواب عن قول الكرخى ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه أن الجهالة المفضية الى النزاع هى المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة كذا فى الشروح قال صاحب الكافى فى تقرير هذا المحل وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة لان للمعير أن يفسخ العقد فى كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التى لا تفضى الى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه (أقول) فيه نوع خلل لان قوله وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة يشعر بان عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة وان اعترفوا بعدم صحة التمليك أصلا مع جهالة المدة فيلزم أن لا يتم هذا الكلام جوابا عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التمليك لان مقصوده به الاستدلال على أن العارية هى الاباحة دون التمليك لا على أنها غير صحيحة مع الجهالة فالاولى فى العبارة أن يقول وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان كانت هى التمليك لان هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة الخ تامل (قوله وتصح بقوله أعرتك لانه صريح فيه وأطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه) قال

بالاباحة قلت لعل حاجته الى انتفاع الغير أيضا (قوله وعند ذلك) أى عند الانتفاع بالعارية (قوله والنهى منع عن التحصيل) أى رجوع عن تمليك المنافع والرجوع عنه قبل اتصال الملك به يصح (قوله لدفع زيادة الضرر) أى لا يملك المستعير أن يؤاجر المستعار لان الاجارة ما وضعت فى الشرع الا لازمة وفى ذلك سد باب الاسترداد فيتضرر به المعير (قوله وأطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه) أى بطريق المجاز لان عين الارض لا تطعم فيراد به ما يخرج فيها اطلاقا لاسم المحل على الحال

(قوله فكان له الرجوع على ملك المستعير) أقول فيه بحث

(ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة) لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا قال (وأخدمتك هذا العبد) لانه اذن له فى استخدامه (ودارى لك سكنى) لان معناه سكناها لك (ودارى لك عمرى سكنى) لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال (وللمعير أن يرجع فى العارية متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام

صاحب العناية فى تفسير قوله صريح فيه أى حقيقة فى عقد العارية وفى تفسير قوله مستعمل فيه أى مجاز فيه ثم قال وفى عبارته نظر لانه اذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف فى الاصول فلا فرق اذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فاشار الى الثانى بقوله مستعمل أى مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة الى هنا كلامه ورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه تامل فان تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك فلا تنحسم مادة الاشكال انتهى (أقول) هذا ساقط لان الصريح عند علماء الاصول ما انكشف المراد منه فى نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف فى موضعه وأراد المصنف بالصريح ههنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره فى مقابله كما بينه صاحب العناية فان أراد ذلك البعض أن تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك أى ليست بصريحة بالمعنى الذى ذكره علماء الاصول فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على انه أراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وان أراد أن تخصيص الاولى بذلك يوهم أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن لا اشكال فيه حتى لا تنحسم مادته (قوله ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة الخ) قال صاحب الكافى كان ينبغى أن يقول اذا لم يرد بهما بدليل التعليل وقال ويمكن أن يجاب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل الطعن والجواب قلت المذكور شيآن أحدهما قوله ومنحتك هذا الثوب والآخر حملتك على هذه الدابة انتهى (أقول) مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فان الشيئين هو الثانى دون الاول ومبنى التأويل ههنا وفى قوله تعالى عوان بين ذلك هو الاول وهو شئ واحد لا محالة فلا غبار فى الجواب لا يقال يجوز أن يكون مراده بيان الواقع لا رد الجواب لانا نقول كون المذكور شيئين مع كونه غنيا عن البيان جدا يأبى عنه قطعا ذكره لفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب

أنه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف فى الاصول فلا فرق اذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن

(قوله لانهما لتمليك العين) لان معنى قوله منحتك أعطيتك والمنحة والمنيحة الشاة أو الناقة الممنوحة من المنح وهو أن يعطى الرجل ناقة أو شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر استعماله حتى قيل فى كل ما أعطى منح ويقال حمل الامير فلانا ويراد به التمليك وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله وقوله فى البداية ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا مشكل من وجوه أحدها أنه قال اذا لم يرد به الهبة وكان ينبغى أن يقول اذا لم يرد بهما بدليل التعليل ويمكن أن يجاب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك وثانيها أنه جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ومجاز التمليك المنفعة ثم ذكر فى كتاب الهبة فى بيان الفاظها وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة وعلل بان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة وثالثها أنهما لما كانا لتمليك العين حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلا نية فعند عدم ارادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة وفى المستصفى شرح النافع قلنا جاز أن يكونا لتمليك العين حقيقة ولتمليك المنفعة مجازا والى هذا مال صاحب الهداية فى كتاب العارية فيكون التقدير اذا لم يرد به الهبة وأراد به العارية ويحتمل أن يكونا لتمليك المنفعة حقيقة ولتمليك العين مجازا واليه أشار فخر الاسلام رحمه الله فى مبسوطه وصاحب الهداية فى كتاب الهبة ويكون قوله اذا لم يرد به الهبة للتأكيد ويحتمل أن يكون المعنيان حقيقيين لهما

أحدهما حقيقة والآخر مجاز فأشار الى الثانى بقوله مستعمل أى مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة ومنحتك هذا الثوب أى أعطيتك المنحة وهى الناقة أى أو الشاة يعطى الرجل الرجل ليشرب من لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر حتى قيل فى كل من أعطى شيأ منح وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به أى بقوله هذا الهبة لانها لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا من حيث العرف العام وأخدمتك هذا العبد لانه اذن له فى الاستخدام وهى العارية ودارى سكنى لان معناه سكناها لك وهى العارية ودارى لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة فاذا ميزه تعين فى المنفعة فحمل الكلام عليه أى على تمليك المنافع بدلالة آخره حمل المحتمل على المحكم وللمعير أن يرجع فى العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة ووجه الاستدلال ظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة وفيه زيادة مبالغة فى أن العارية مستحق الرد ولان (٤٦٨) المنافع تملك شيأ فشيأ على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض

ولا يملك الا به فصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن الخ) ان هلكت العارية فان كان بتعد كحمل الدابة ما لا يحمله مثلها أو استعمالها استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب أوجب الضمان بالاجماع وان كان بغيره لم يضمن وقال الشافعى يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن قوله لنفسه احترازا عن الوديعة لان قبض المودع فيها لاجل المودع لا لمنفعة نفسه وقوله لا عن استحقاق أى لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الآخر بدون رضاه احترازا عن الاجارة فان المستأجر يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك النقض قبل مضى المدة بدون رضاه

المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيأ فشيأ على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن) وقال الشافعى يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء

كما لا يخفى على ذوى الالباب (قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولهذا أى ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعنى مؤنة الرد واجبة على المستعير كما فى الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا اه كلامه (أقول) حمل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا على الاشارة الى كون الاذن ضروريا واقتفى أثره الشارح العينى وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية والحق عندى أنه اشارة الى قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فالمعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء وانما كان هذا هو الحق عندى لوجهين أحدهما أن الظاهر ان قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فبمقتضى كون المعطوف فى حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله يصير المعنى على تقدير أن يكون لفظ هذا اشارة الى كون الاذن ضروريا ولكون الاذن ضروريا صار كالمقبوض على سوم الشراء والظاهر ان الاذن ليس بضرورى فى المقبوض على سوم الشراء وأما على تقدير أن يكون اشارة الى ما ذكرته فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء ولا شك أن الامر كذلك فى المقبوض على سوم الشراء وثانيهما أن حديث كون الاذن ضروريا جواب عن سؤال مقدر لا عمدة فى الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق ولا يخفى أن ما هو العمدة فى الاستدلال

وانما يرجح أحدهما لانه أدنى الامرين فيحمل عليه للتيقن به (قوله المنحة مردودة) المنحة نوع من العارية وهى أن يعطى الرجل شاة أو ناقة أو بقرة ليشرب لبنها ثم يرد الشاة أو غيرها الى المالك وقوله مردودة أى مستحقة الرد والمستحق بجهة كالمصروف اليه فلكونها مستحقة الرد جعلها كالمردودة وقال المنحة مردودة (قوله والعارية أمانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن) سواء هلكت من استعماله أو لا من استعماله وهو قول

فان قيل هو قبض باذنه ومثله لا يوجب الضمان أجاب بقوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع ولنا والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت فى غيرها لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا أى ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعنى مؤنة الرد واجبة على المستعير كما فى الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا

(قوله فلا فرق اذا بين العبارتين) أقول أى أعرتك وأطعمتك (قوله والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فأشار الى الثانى بقوله مستعمل أى مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة) أقول فيه تأمل فان تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك فلا تنحسم مادة الاشكال (قوله ما لا يحمله مثلها) أقول الضمير فى قوله يحمله راجع الى ما (قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن) أقول ونحن نمنع الكبرى كما يظهر بالتأمل

ولنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا

أحق بان يفرع عليه قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ويؤيده أن صاحب الكافى أخر حديث كون الاذن ضروريا عن تفريع هذين الفرعين (قوله ولنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه) قال صاحب العناية فى حل هذا المحل يعنى أن الضمان اما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالاذن وليس شئ من ذلك بموجب له أما العقد فلأن اللفظ الذى ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الاذن فلأن اضافة الضمان اليه فساد فى الوضع لان اذن المالك فى قبض الشئ ينفى الضمان فكيف يضاف اليه اه كلامه (أقول) لا يذهب عليك أن احتمال كون الاذن موجبا للضمان مما لا يخطر ببال أحد أصلا ولهذا لم يتعرض المصنف لنفى ذلك قط فى أثناء تقرير بحثنا فى هذه المسئلة فدرج الشارح المزبور اياه فى احتمالات ايجاب الضمان ونسبته ذلك الى المصنف بقوله يعنى خروج عن سنن الصواب (قوله والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا) جواب عن قول الشافعى والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه وتقريره القول بالموجب يعنى سلمنا أن الاذن لم يكن الا لضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه كذا فى العناية وغيرها (أقول) للخصم أن يقول اذا لم يكن القبض أيضا الا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة والضرورة انما هى فى حالة الاستعمال فان هلكت فى هذه الحالة فلا ضمان قطعا وأما اذا هلكت فى غيرها فينبغى أن يجب الضمان لكون هلاكها فيما وراء الضرورة فالاظهر فى الجواب عن قول الشافعى والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة المنع لا القول بالموجب وقد أفصح عنها صاحب غاية البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع قلنا لما مست الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض فى حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض فى غير حالة الانتفاع أيضا وهى حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه آناء الليل وأطراف النهار وانما ينتفع بها ساعة ويمسك أخرى ولو انتفع بالعارية دائما يضمن كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض فى غير حالة الانتفاع أيضا مأذون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه وأشير الى

عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم وقال الشافعى رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن وان هلكت لا فى حال الانتفاع يضمن وهو قول ابن عباس وأبى هريرة لقوله عليه السلام العارية مضمونة واستعار رسول الله عليه السلام دروعا من صفوان فقال له أغصبا يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة مؤداة وكتب فى عهد بنى نجران وما يعار الرسل فهلكت فى أيديهم فضمانها على رسلى وقال عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد والاخذ انما يطلق فى موضع يأخذ المرء لمنفعة نفسه وذلك موجود فى العارية لان المستعير يأخذه لينتفع به لا ليكون نائبا عن المعير فيه ولنا قوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة والمعنى فيه أنه قبض العين للانتفاع بها باذن صحيح فلا تكون مضمونة عليه كالمستأجر وتأثيره ان وجوب الضمان يكون للجبران وذلك لا يتحقق الا بعد تفويت شئ على المالك وبالاذن الصحيح ينعدم التفويت ألا ترى أن القبض فى كونه موجبا للضمان لا يكون فوق الاتلاف ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان فالقبض أولى أما الجواب عما تمسك به الخصم فقوله عليه السلام العارية مضمونة أى ضمان الرد بانه جعل الضمان صفة للعين على وجه الخبر وحقيقة ذلك فى ضمان الرد وقوله

ولنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان يعنى أن الضمان اما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالاذن وليس شئ من ذلك بموجب له أما العقد فلان اللفظ الذى ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد فى الوضع لان اذن المالك فى قبض الشئ ينفى الضمان فكيف يضاف اليه (قوله والاذن)

(قوله فلأن اللفظ الذى ينعقد به العارية الخ) أقول فيه بحث (قوله وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه) أقول لم يتعرض للاباحة وكان المناسب ذلك كما لا يخفى

جواب عن قوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه يعني أنه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا أن الاذن لم يكن الا لضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه (قوله وانما وجب الرد مؤنة) جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقريره أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانها على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على أن القبض لاعن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب لنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجب الرد وجب الضمان وقوله (والمقبوض على سوم الشراء)

جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقريره أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلمنا أن الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا أجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فاقيمت مقام الحقيقة نظرا له الا أن الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد حقيقة واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله (على ماعرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من المبسوط قال (وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره الخ) وليس للمستعير أن يؤاجر المستعار

وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشرا مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ماعرف في موضعه قال (وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن) لان الاعارة دون الاجارة والشئ لا يتضمن ماهو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم تتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه آجر ملك نفسه وان ضمن

هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية أيضا فتبصر (قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ماعرف في موضعه) جواب عن قول الشافعي وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذي فطنة ان تحريره هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير المستتر في فصار راجع الى المأخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشئ بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهي أن يحمل الباء في قوله لان المأخوذ بالعقد على الملابسة وفي قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان المأخوذ بملابسة العقد أي ما كان متعلقا بالعقد بان كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيؤل الى ماذكر في الكافي وبعض الشروح من قولهم ان الضمان

مؤداة تفسير لذلك كما يقال فلان عالم فقيه نعلم باللفظ الثاني أن المراد بالعلم الاول علم الفقه وحديث صفوان قد قيل انه أخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دل عليه أغصبا يا محمد الا أنه كان محتاجا الى السلاح فكان الاخذ له حلالا لكن بشرط الضمان كمن أصابته مخمصة له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان وقيل المراد به ضمان العين وقيل كان هذا من رسول الله عليه السلام اشتراط الضمان على نفسه والمستعير وان كان لا يضمن بالشرط على ماذكره في المنتقى ولكن صفوان يومئذ كان حربيا ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط مالا يجوز بين المسلمين وقوله عليه السلام وما يعار رسلي فهلكت على أيديهم أي استهلكوها لانه يقال هلك في يده اذا كان بغير صنعه وعلى يده اذا استهلكه وقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد يقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه انما الكلام في ضمان القيمة بعد هلاك العين (قوله وانما وجب الرد مؤنة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ان قبضه يوجب ضمان الرد حال قيام العين لنقض القبض فيوجب ضمان القيمة حال هلاكه كالغصب فاجاب ان ضمان الرد عليه انما كان لان منفعة القبض والنقل حصلت له كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته (قوله ولانا لو صححناه لا يقع

فان آجره فعطب ضمن لوجهين أحدهما أن الاعارة دون الاجارة والشئ لا يتضمن ماهو فوقه والثاني أنا لو صححناه فاما أن يكون لازما أو غير لازم ولا سبيل الى شئ من ذلك أما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع وأما الاول فلانه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة لازما وهو أيضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فابطلناها واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر رجع على المؤاجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا للضرر الغرور بخلاف ما اذا علم المستاجر

والمستعير أن يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال الشافعي ليس له أن يعيره لانها اباحة المنافع على مامر والمباح له لا يملك الاباحة وهذا أي كون الاعارة اباحة لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلت موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت في الاعارة بالاباحة فلا يصار الى التمليك ولنا أنها تمليك المنافع على مامر فيتضمن مثله كالموصى له بالخدمة جاز أن يعير لتملكه المنفعة

المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا للضرر الغرور بخلاف ما اذا علم قال (وله أن يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعي ليس له أن يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ماذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة

في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته اه ثم أقول لا حاجة في حل كلام المصنف ههنا الى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل أحدهما أن يكون معنى قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه على أن يكون الاخذ من أخذ فيه بمعنى شرع فيه لا من أخذه وثانيهما أن يكون معناه لان الاخذ في العقد أي المأخوذ لاجل العقد له حكم العقد على أن تكون كلمة في في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى فذلكن الذي لمتنني فيه وقوله عليه الصلاة والسلام ان امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما صرح به في مغني اللبيب فالاخذ حينئذ من أخذه بمعنى تناوله ثم قال صاحب العناية أخذا من غاية البيان فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا أجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا اه (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال المذكور لا يتوجه ههنا أصلا اذ لا يقتضي أن يكون للاخذ في العقد حكم العقد تحقق العقد بل يقتضي عدم تحققه اذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للاخذ فيه فلا معنى لقوله ولكن لا عقد ههنا ثم ان الجواب المزبور منظور فيه لانه وان كان في جعل العقد موجودا تقديرا صيانة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري اذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري بلا تعد منه بل بسبب اضطراري وقد أخذه من يد مالكه باذن فاذا وجب الضمان عليه خرج ماله الذي أداه من ملكه مجانا أي بلا عقد ولا تعد في شئ فيلزم النظر لاحد المتآخذين في العقد وترك النظر عن الآخر تأمل (قوله وله أن يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكره في النظائر الامام التمرتاشي (أقول) في أكثر هذه الامثلة اشكال أما في مثال الحمل فلانه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف في آخر هذه المسئلة بقوله فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت اه الا أنه مخالف لما سيجيء في كتاب الاجارات في باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز من أن الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه كحكمهما عند الاطلاق والتقييد كما ستطلع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعتبرات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب العارية انه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات انه مما يتفاوت ومن ظهرت المخالفة جدا بين كلاميه في المقامين صاحب الكافي فانه قال ههنا سواء كان المستعار شيأ يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل فالم يبين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الاجارة اه وأما في مثال الزراعة فلانه سيأتي في كتاب الاجارات في الباب المزبور أنه لا يصح عقد الاجارة في استئجار الاراضي للزراعة حتى يسمى

الا لازما) فان قيل كان ينبغي أن يملك المستعير الاجارة لانه مالك للمنفعة ولا ينقطع حق المعير في الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرا في نقض الاجارة قلنا لو ملك المستعير الاجارة كان من مقتضيات عقد المعير وكان صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد ذلك (قوله بخلاف ما اذا علم) يعني اذا علم بكونها عارية في يده لم يرجع عليه لانه لم يوجد الغرور (قوله وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل)

(قوله والمنافع اعتبرت قابلة) جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فتجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة وقدمر لنا الكلام فيه فان قيل لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالملك أجاب بقوله (وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره وقال هذا) أي ماذكر من ولاية الاعارة للمستعير (اذا صدرت الاعارة مطلقة) فوجب أن يبين أقسامها فقال (وهي على أربعة أوجه) وهي قسمة عقلية (أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع والثاني أن تكون مقيدة فيهما والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع بالعكس فللمستعير في الاول أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالاطلاق وفي الثاني ليس له أن يجاوز فيه

والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا تجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال العبد الضعيف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني أن تكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه

ما نزرع فيها لان ما نزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة ولا يخفى ان المفهوم منه ان الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل وعن هذا مثل الامام الزيلعي لما يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بامثلة وعد منها الزراعة حيث قال كاللبس والركوب والزراعة وأما في مثال السكنى فلان سكنى الحداد والقصار يضر بالبناء دون سكنى غيرهما ولهذا لا يدخل سكناهما في استئجار الدور والحوانيت للسكنى كما ذكر في كتاب الاجارات فكانت السكنى أيضا مما يختلف باختلاف المستعمل ويمكن أن يجاب عن هذا بان الاضرار بالبناء أثر الحدادة والقصارة لا أثر السكنى لان مجرد السكنى لا يؤثر في انهدام البناء فيضاف الانهدام الى الحدادة والقصارة كما بينه صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في أمر خارج عنه والمثال ههنا انما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه (قوله والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله المنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم أنها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فتجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة كذا في العناية وغيرها (أقول) فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد تدارك الشافعي دفعه حيث قال في ذيل تعليله وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعني ان علة اعتبار المنافع المعدومة قابلة للملك في الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الاعارة لاندفاع حاجتهم بالاباحة فلم يتم ماذكره المصنف هنا جوابا عنه اللهم الا أن يقال الناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشئ لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشئ وعند كون الاعارة اباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا تندفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت الى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما في الاجارة قال صاحب العناية بعد تقرير مراد المصنف ههنا وقد مر الكلام فيه (أقول) لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من أبحاثه الثلاثة التي أوردها في صدر كتاب العارية ودفعنا كلامه هناك لكنه ليس بمتمش ههنا لان حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس بتام لان من شرط القياس كون الفرع نظير الاصل والمنافع ليست نظير الاعيان ولا شك أن المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظير الاصل قطعا (قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة) قال عامة الشراح أي ماذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة (أقول) فيه اشكال لان المذكور في الكتاب أن للمستعير أن يعير المستعار فيما اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل فمعناه أن للمستعير ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون أن اختصاص ولاية الاعارة للمستعير بما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل انما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بان ينتفع به المستعير بنفسه وأما اذا صدرت

كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة (قوله وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل) هذا جواب لسؤال مقدر وهو أن يقال ان العارية لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في صحة اعارة المستعير بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالملك (قوله دفعا لمزيد الضرر عن المعير) يعني يحتمل أن يكون فعل الثاني أضر وهو لم يرض بذلك (قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة) أي ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة عن الوقت والانتفاع وهو على أربعة أوجه وهذه القسمة على هذه الاوجه الاربعة ضرورية لان الشيئين وهما الاطلاق والتقييد دارا في الشيئين وهما الوقت والانتفاع فكانت أربعة لا محالة

ما

ماسماه من الوقت والنفعة الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك) كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة أخرى (أو الى خير منه) كما اذا حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ألا ترى أن الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا (وفي الثالث والرابع ليس له أن يتعدى ماسماه من الوقت والنوع) وعلى هذا (فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما أطلق كان له التعيين حتى لو ركب بنفسه تعين الركوب فليس له أن يركب غيره وبالعكس كذلك ولو فعله ضمن لتعين الركوب في الاول والاركاب في الثاني) وهذا الذي ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له أن يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب وهو

ماسماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه والحنطة مثل الحنطة والشعير خير من الحنطة اذا كان كيلا والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ماسماه فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما أطلق فيه فله أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب

الاعارة مطلقة فللمستعير ولاية الاعارة مطلقا أي سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل أو مما لا يختلف وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا اه فقول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير أن يريد بكلمة هذا الاشارة الى ماقاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما يتم لو لم يكن ماذكر في الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيدا به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له أن يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على مقتضى ما نصوا عليه قاطبة كما بيناه والعجب من عامة الشراح أنهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف بما ذكروا ولم يتعرضوا لما فيه من الاشكال مع ظهوره جدا ثم ان الشارح تاج الشريعة كانه تنبه للمحذور الذي ذكرناه فقال في شرح قول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة الاشارة لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى أن للمستعير أن ينتفع بالعارية ماشاء اذا أطلقت العارية اه (أقول) هذا الذي ذكره هذا الشارح وجعله ما يعود اليه الاشارة مما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح أن يكون مشارا اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف ههنا ولا يشار باسم الاشارة الا الى المحسوس المشاهد أو الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر في موضعه فكانه هرب عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الاولى والانصاف أن المصنف لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وشرع في الكلام الذي بسطه بان يقول والاعارة على أربعة أوجه لكان أحرى ولقد أحسن صاحب الكافي هذا المقام حيث قال أولا وله أن يعير وذكر خلاف الشافعي وبين دليل الطرفين ثم قال ثم هذه المسئلة على وجهين اما ان حصلت الاعارة مطلقة في حق المنتفع بان أعار ثوبا للبس ولم يبين اللابس أو دابة للركوب ولم يبين الراكب أو دابة للحمل ولم يبين الحامل وفي هذا الوجه له أن يعير سواء كان المستعار شيأ يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ وان حصلت الاعارة مقيدة بان استعار ليلبس بنفسه أو ليركب بنفسه أو ليحمل بنفسه فله أن يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به كما في الحمل وليس له أن يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب ثم قال وهذا هو الكلام في اعارة المستعير وأما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على أربعة أوجه فذكر ماذكره المصنف من الوجوه الاربعة (قوله الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه) كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من

لانه اما أن تكون العارية مطلقة في الوقت والانتفاع أو مقيدة فيهما بان قيدها بيوم ونص على نوع منفعة أو مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع أو على العكس (قوله والحنطة مثل الحنطة) أي في حق الحمل على الدابة بان استعار دابة ليحمل عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها حنطة غيره لا ضمان عليه لان حنطته وحنطة غيره في الضرر سواء والخلاف الى الخير نحو ما اذا شرط حمل الحنطة فحمل عليه الشعير لان كيل الشعير أخف وزنا من كيل الحنطة لانها أصلب من الشعير (قوله وله أن يركب ويركب غيره) معناه ان شاء ركب بنفسه وان شاء أركب غيره لانه يجمع بينهما ما يدل عليه قوله بعده حتى لو ركب بنفسه لا يركب غيره (قوله لانه لما أطلق) يعني لما لم يعين المنتفع يكون تعين المنتفع مفوضا اليه فان شاء عين نفسه وان شاء عين غيره وأيهما عينه يتعين كما اذا عينه المالك (قوله حتى لو فعله ضمن) لانه تعين الاركاب وهذا اختيار فخر الاسلام رحمه الله وأما على

قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض) لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناهما فيثبت أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا أطلق الاعارة وأما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفا محلى يتقلد. قال (واذا استعار أرضا ليبنى فيها أو ليغرس فيها جاز

اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله وشيخ الإسلام قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون و المعدود قرض الخ) اذا استعار الدراهم فقال له أعرتك دراهمي هذه كان بمنزلة أن يقول أقرضتك وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لان الاعارة تمليك المنفعة ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فكان ذلك تمليكا للعين اقتضاء وتمليك العين اما بالهبة أو القرض والقرض أدناهما لكونه متيقنا به قيل لانه أقل ضررا على المعطى لانه يوجب رد المثل وما هو أقل ضررا فهو الثابت يقينا ولان من قضية الاعارة الانتفاع و رد العين وقد عجز عن رده فاقيم رد المثل مقامه قال المشايخ هذا اذا أطلق الاعارة وأما اذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية

حنطة أخرى أو حمل عليها قفيزا من شعير وفى القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر الا ترى أن الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك فى تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا فى العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ماذكروا فى وجه الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا به مع ان ماذكروا فى وجه هذا الاستحسان ههنا جار هنالك أيضا بعينه فينبغي أن ينفذ بيعه أيضا فتأمل (قوله أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه) أقول يرى هذا التعليل خاليا عن التحصيل لان حقيقة الاعارة منتفية فى عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود اذ قد صرحوا فى صدر كتاب العارية بأن من شرطها كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه وان الاشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الاعارة فيها فجعلناها كناية عن القرض وكذا حكم الاعارة منتف فى عارية الاشياء المذكورة اذ قد صرحوا بانها مضمونة بالهلاك من غير تعد من القابض فاذا لم تتحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها فى عارية هذه الاشياء فلا تأثير فيها أصلا لان يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا لاقامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من مضمون هذا التعليل مناسبة فى الجملة بين العارية والقرض صالحة لان يجعل لفظ الاعارة فى مسئلتنا هذه مجازا أو كناية عن معنى الاقراض ولكن كلا منافى صلاحية ذلك لان يكون علة لاصل المسئلة كما هو الظاهر من أسلوب التحرير فعليك بالتأمل الصادق (قوله وأما اذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة) أقول لقائل أن يقول المفهوم من هذا الكلام امكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها

قول غيره فله أن يركبه بعد الاركاب وذكر فى الذخيرة فى هذا الموضع ولكن انما يعير لغيره اذا لم يركب بنفسه أولم يلبس بنفسه أما اذا ركب أولبس بنفسه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ليس له ان يعير ولو أعار يضمن وهذا اختيار الشيخ الامام فخر الاسلام على البزدوى وقال بعضهم له ان يعير واذا أعار لا يضمن وهو اختيار شمس الائمة وشيخ الاسلام رحمهما الله وكذلك فى الابتداء لو أركب غيره أو ألبس غيره ثم أراد أن يركب أو يلبس بنفسه ففيه اختلاف المشايخ على نحو ما ذكرنا والمستعير هل يملك الايداع قال بعض مشايخ العراق وهو اختيار الفقيه أبى الليث والامام أبى بكر محمد بن فضيل رحمهما الله انه يملك الايداع لانه يملك الاعارة والايداع دونها وقال بعضهم لا يملك وهو الصحيح لان الاعارة تمليك المنفعة والمنفعة مملوكة له فكانت الاعارة تصرفا فى ملك نفسه قصدا وانما يتحقق التصرف فى ملك الغير وهو العين بالتسليم ضمنا وضرورة ليتمكن المستعير الثانى من استيفاء المنفعة المملوكة أما الايداع فتصرف فى ملك الغير وهو العين قصدا فلا يملكه كذا فى الاوضح (قوله والقرض أدناهما) لكونه متيقنا به أولان القرض أدناهما ضررا لانه أقل ضررا على المعطى لانه يوجب رد المثل بخلاف الهبة وما هو أقل ضررا فهو الثابت يقينا (قوله بان استعار دراهم ليعير بها ميزانا) الصواب ليعاير قال فى المغرب وقوله استعار دراهم ليعير بها صنجاته أى ليسوى ثم قال الصواب ليعاير يقال عايرت المكاييل والموازين اذا قايستها وذلك بان تكون الدراهم موزونة بصنجة عدل ولا توجد تلك الصنجة فاستعار هذه الدراهم ليسوى الميزان بها (قوله أو يزين بها دكانا) بان استعار دراهم كثيرة توضع على

والمعير

ليتجمل بها أو سيفا محلى يتقلده يقال عايرت المكاييل أو الموازين اذا قايستها والعيار المعيار الذى يقاس به غيره و يسوى واذا استعار أرضا للبناء والغرس جاز وللمعير الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس أما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة دفعا للحاجة وأما الرجوع فلما بينا يعنى به قوله وللمعير أن يرجع فى العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة وأما التكليف فلان الرجوع اذا كان صحيحا بقى المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ثم ان المعير اما ان وقت العارية أولم يوقت فان لم يوقت فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن أنه يتركها فى يده مدة طويلة من غير أن يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له اذ الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان فى ضمن عقد المعاوضة كما مر والاعارة ليست كذلك أجيب بان التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس ان أراد اخراجه قبل ذلك الوقت معنى وتقرير كلامه ابن فى هذه الارض بنفسك على ان أتركها فى يدك الى مدة كذا فان لم أتركها فأنا ضامن لك بقرينة حاله وذلك لان كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لا بد من فائدة لذكر الوقت وذلك ما قلنا ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظر كم تكون قيمة البناء والغرس اذا بقى الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعنى اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع فى الحال تكون قيمة النقض دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدورى رحمه الله يريد به ضمان ما نقص وذكر الحاكم الشهيد أن المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له الا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لانه ملكه قالوا يعنى المشايخ اذا كان بالارض ضرر بالقلع فالخيار الى رب الارض لانه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح

وللمعير أن يرجع فيها و يكلفه قلع البناء والغرس) أما الرجوع فلما بينا وأما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقى المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور وحيث اعتمد اطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرناه ولكنه يكره لما فيه من خلف

واعتبار ذلك شرعا أيضا فكيف يتم ما ذكر سابقا من أنه لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها ويمكن أن يجاب بأن المذكور سابقا بناء على الاكثر الاغلب فالمراد انه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم فى الاعم الاغلب الا باستهلاك عينها فيدار الحكم عند الاطلاق على ما هو الاغلب وأما عند تعيين الجهة فيظهر أن المقصود تمليك المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيحمل على ذلك فان قلت عبارة المصنف لا تساعد التوجيه الذى ذكرته فان الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها يقتضى انتفاء امكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائى بناء على عدم الاعتداد بالاقل فلا

الدكان حتى يظن الناس غناه فيعاملوا معه (قوله ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه) لان المستعير مغتر غير مغرور فان قيل هو مغرور ولانه ان لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام فكانت الاعارة له توقيتا قلنا قد يبنى لمدة قليلة بان يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة وهذا عندنا وعند ابن أبى ليلى البناء للمعير و يضمن قيمته لان دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يندفع بهذا كالثوب اذا انصبغ بصبغ غيره وأراد صاحب الثوب أن يأخذه فانه يضمن للصباغ قيمة صبغه كذا هذا قلنا صاحب الارض ما رضى به فلا يجوز المصير اليه بدون الضرورة ولا

بالاصل قيل معنى كلامه هذا ان ما قال القدورى ان المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر أما اذا لحق فالخيار فى الابقاء بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان النقصان الى صاحب الارض وهو ظاهر و يجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد ومعناه أن المستعير انما يتمكن من القلع وترك الضمان اذا لم تتضرر الارض بالقلع وأما اذا تضررت فالخيار لرب الارض وهو الاظهر ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع بل تترك فى يده بطريق الاجارة بأجر المثل وقت أولم يوقت لان الزرع له نهاية معلومة وفى الترك

(قوله وان كان وقت العارية) أقول معطوف على قوله فان لم يوقت فلا ضمان (قوله هو ما كان فى ضمن عقد المعاوضة كما مر) أقول فى باب المضارب يضارب (قوله واذا قلع فى الحال تكون قيمة النقض دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدورى) أقول فيه كلام وهو ان القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغى أن يرجع بها كما لا يخفى هذا اشكال الفاضل المحشى الشهير بيعقوب باشا فأقول الظاهر ان قوله قيمة النقض من اضافة الموصوف الى الصفة أى القيمة المنقوصة فلا اشكال (قوله و يجوز ان يتعلق بقول الحاكم الشهيد الى قوله وهو الاظهر) أقول المفهوم من كلام الزيلعى أن يتعلق بقول القدورى و يكلفه قيمة قلع البناء والغرس فراجعه قال المصنف (لان له نهاية معلومة) أقول قال ابن الغرس مقتضى هذا التعليل أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت فى الموقتة لان لها نهاية معلومة ولان الوقت منصوص عليه ههنا وفى الاعارة للزرع الوقت ثابت دلالة والنص أقوى من الدلالة انتهى والجواب أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أولا

الوعد (وضمن المعير مانقص البناء والغرس بالقلع) لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد ويرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين

(1) يقتضي انتفاء ذلك بالكلية (قوله وضمن المعير مانقص البناء والغرس بالقلع) قال صاحب الغاية أي نقصان البناء والغرس على ان ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين اهـ كلامه وتبعه الشارح العيني (أقول) لا يظهر وجه صحته لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذي نقص البناء والغرس انما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح لان القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء المنتقضة بالقلع ويمنع أيضا صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه فالوجه عندي ههنا رفع البناء والغرس لا غير أما على تقدير كون ما مصدرية فواضح وأما على تقدير كونها موصولة فبتقدير الضمير الراجع اليها على أن يكون تقدير الكلام وضمن المعير ما نقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون كلمة نقص ههنا من نقص في دينه وعقله كما ذكر في القاموس وقال صاحب العناية ووجه قوله مانقص البناء والغرس أن ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن مانقص من قيمته يعني اذا كان قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكرا معنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذي ذكره صاحب العناية غير أنهما قالا بدل قوله يرجع بهما فيرجع بثمانية دنانير فكأن بعض العلماء أخذ مما قالاه حصة فاورد على ماذكره صاحب العناية حيث قال فيه كلام وهو أن القالع مانقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغي أن يرجع بها كما لا يخفى انتهى (أقول) لعل صاحب العناية أراد بقيمة النقص في قوله تكون قيمة النقص دينارين نقصان القيمة على طريقة القلب ولا يخفى أنه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين بدينارين فيرجع بهما قطعا وأما صاحب الكفاية وتاج الشريعة

ضرورة هنا الامكان تميز حق كل واحد منهما عن الآخر بخلاف الثوب فانه لا يمكن ومع هذا لا يلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه وله أن يأبى التزام القيمة أيضا حتى يباع الثوب فكذا هنا لا يلزمه بدون رضاه (قوله وضمن المعير مانقص البناء والغرس بالقلع) لانه مغرور من جهته حيث وقت له يعني ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن مانقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين فيرجع بثمانية دنانير فان قيل الغرور بمباشرة عقد الضمان سبب للرجوع ألا ترى انه لو استحق الموهوب بعد هلاكه ضمن الموهوب له ولا يرجع بما ضمن على الواهب لان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره والمعير لم يباشر عقد الضمان وان وقت قلنا كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ولا حاجة الى التوقيت في تصحيح العارية شرعا ثم لما وقت المعير مع ذلك لا بد من أن يكون لذكر الوقت فائدة أخرى وليس ذلك الا التزام قيمة البناء والغرس ان أراد اخراجه قبله فصار تقدير كلامه كانه قال ابن في هذه الارض لنفسك على أن أتركها في يدك الى كذا من المدة فان لم أتركها فأنا ضامن لك ما تنفق في بنائك ويكون بناؤك لي فاذا بدا له في الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كأنه بنى له بأمره (قوله وفي الترك مراعاة الحقين) لانه انما يترك بالاجر هكذا قالوا كيلا تفوت

مراعاة الحقين فانه لما كان الترك بأجر لم تفت منفعة أرضه مجانا ولا زرع الآخر

لا اذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليتأمل

بخلاف

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لان الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا

فكأنهما أرادا بقيمة النقص معنى قيمة الناقص واذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنانير فيرجع بثمانية دنانير وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح واندفع ما أورده ذلك البعض من العلماء على ماذكره صاحب العناية كما لا يخفى وأجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة أي القيمة المنقوصة فلا اشكال انتهى كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لا يجوز اضافة الموصوف الى الصفة ولا اضافة الصفة الى الموصوف على المذهب المنصور المختار حتى تقرر في عامة متون النحو وشاع أن الموصوف لا يضاف الى صفته ولا الصفة الى موصوفها وانما جواز ذلك مذهب سخيف كوفي لا ينبغي أن يصار اليه في توجيه كلام الثقات على أن النقص فيما نحن فيه لا يصلح أن يكون صفة للقيمة الا بعد أن يجعل مجازا عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمري ان من عادة ذلك الفاضل أن يتشبث بذلك المذهب السخيف مع تكلف آخر في توجيه بعض المقامات وقد مر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يزعمه معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله ههنا فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة وما كان ينبغي له ذلك (قوله بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك) أقول لقائل أن يقول اذا كان وقت في الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي أن لا تؤخذ الارض منه هنا أيضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين والجواب أن المراد أن الغرس ليس له في نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز أن لا يقلعه المستعير في تمام ذلك الوقت اما بعمد منه لخيانة نفسه أو بمانع يمنعه عنه فيلزم أن يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له في نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فافترقا وأما ما قاله بعض الفضلاء من أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا اذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليس بتام لان تعين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز أن يسكن صاحب البناء في البناء شتاء ثم ينقض البناء اذا جاء الصيف وان يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا وقت المعير العارية بالمدة المعتادة في نقض مثل (8) ذلك البناء وقلع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الارض من يد المستعير الى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس أصلا ومما يؤيد هذا ماذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث قال فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام فكانت الاعارة له توقيتا قلنا البناء قد يبنى لمدة قليلة بان يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة انتهى كلامهما تأمل ترشد (قوله لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) قال صاحب النهاية فان قيل كما أن المنفعة سالمة للمؤجر فكذلك هي سالمة للمستأجر أيضا وهي الانتفاع بمنافع العين المستأجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما وما حصل للمستأجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار

منفعة أرضه مجانا ولا يفوت زرع الارض ليعتدل النظر من الجانبين كما في الاجارة والزرع لم يدرك بعد فانه يترك الارض بالاجر مراعاة للجانبين كذا ههنا (قوله لانه ليس له نهاية معلومة) فيكون ضررا في الجانبين فيرجح صاحب الاصل (قوله لان منفعة قبضه سالمة للمؤاجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) لانه يتوصل به الى ملك الأجر أكثر ما فيه لان لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الآجر أقوى لانه مالك للعين وملك

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير الخ) أجرة رد العارية على المستعير وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر وذلك لان الاجر مؤنة الرد فمن وجب عليه الرد وجب أجره والرد في العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغنم وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستأجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية لان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى

(قوله والغرم بازاء الغنم) أقول تأمل فيه

فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستاجر منفعة والعين لكونه متبوعا أولى من المنفعة وعلى هذا كان أجرة رد المغصوب على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فتكون المؤنة عليه ومن استعار دابة وردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وفى القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد وصار كرد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن فى عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه وجه الاستحسان ان فى العارية عرفا ليس فى غيرها وهو ان رد العوارى الى دار الملاك معتاد كآلة البيت

فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقد لؤلؤ لم يرده الا الى المعير للعرف فى الاول وعدمه فى الثانى ومن استعار دابة فردها مع من فى عياله كعبده وأجيره مسانهة أو مشاهرة فهو صحيح لانها أمانة وله حفظها على يدهم كما فى الوديعة وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره لوجود الرضا به من المالك ألا ترى أنه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده واختلفوا فى اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب فقيل به وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه فى الجملة وان ردها مع أجنبي ضمن ودلت هذه المسئلة على أن المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخى ومن قال بانه يملك الايداع وهو مشايخ العراق أولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء مدتها فكان اذ ذاك مودعا وليس له أن يودع غيره فاذا أودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقى كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وله

للضرر عنه فتكون مؤنته عليه (واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان وفى القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف لان رد العوارى الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط (وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن) لما بينا (ولو رد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن) لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من فى العيال لانه لو ارتضاه لما أودعها اياه بخلاف العوارى لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه قال (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) والمراد بالاجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة لانها أمانة وله أن يحفظها بيد من فى عياله كما فى الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس فى عياله (وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره) لان المالك يرضى به ألا ترى أنه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا فى العبد الذى يقوم على الدواب وقيل فيه وفى غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه أحيانا (وان ردها مع أجنبي ضمن) ودلت المسئلة على أن المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة وأولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال (ومن أعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب انك أطعمتنى عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يكتب انك أعرتنى) لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع له أولى كما فى اعارة الدار

منفعة المؤجر أولى الى هذا أشار الامام المحبوبى وغيره فى باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير حيث قالوا وفى المستأجر المنفعة عائدة الى الآجر لانه يتوصل به الى ملك الآجر أكثر ما فيه أن لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الآجر أقوى لانه مالك للعين وملك المستأجر فى المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد أخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بان المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين لكونه متبوعا أولى من المنفعة انتهى (أقول) فى الجواب نظر اذ الظاهر أن مرادهم بالمنفعة فى قولهم ان منفعة الآجر عين هو الاجرة كما صرح به فى الكافى والاجرة لا يلزم أن تكون عينا البتة اذ قد صرحوا فى كتاب الاجارات بان الاجرة قد تكون عينا وقد تكون دينا وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بأن منفعة الآجر عين على الكلية فلم يتم الجواب (قوله وفى القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها) قال صاحب العناية فى تحرير المقام وفى القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد وصار كرد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن فى عياله لانه لو ارتضى بالرد الى

المستأجر فى المنفعة والمنفعة تابعة للعين (قوله ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط) فيكون مسقطا مؤنة الرد عن المالك لا متعديا ولا يضمن المرء بالاحسان (قوله ودلت المسئلة الخ) لانه لما وضعها فى يد أجنبي للرد يكون وديعة فعلم أنه لا يملك الايداع اذ لو ملكه لما ضمن (قوله وأولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء

(قوله فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا) أقول من أن الغرم بالغنم (قوله وفى القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد الى قوله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه) أقول وفيه بحث فان هذين التعليلين يتضمنان التنبيه على الفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا يناسب ذكرهما هنا (قوله فكان اذ ذاك مودعا) أقول بل يكون اذ ذاك متعديا حتى اذا هلكت فى يده ضمن فكذا اذا تركها فى يد الاجنبي ذكره الزيلعى فراجعه نعم كونه كالمودع بعد انقضاء المدة قول لبعض الاصحاب لكن الرجحان للتضمين وهو قول السرخسى واختيار قاضيخان رحمه الله

وله أن لفظة الاطعام أدل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله أعلم بالصواب

(كتاب الهبة)

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع (وتصح بالايجاب والقبول والقبض) أما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت

عياله لما أودعها اه كلامه (أقول) هذا تحرير مختل فان قوله لان الواجب على الغاصب الخ كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغى أن يذكر فى بيان وجه القياس كما لا يخفى ولهذا لم يذكره أحد سواه ههنا بل انما ذكروه فى محله فيما سيأتى كما ترى

(كتاب الهبة)

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب فى الوديعة وهو الترقى من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لا تحصى ولا تخفى على ذوى النهى فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال انك أنت العزيز الوهاب وهذا يكفى لمحاسنها ثم ان الهبة فى اللغة أصلها من الوهب والوهب بتسكين الهاء وتحريكها وكذلك فى كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التى تحذف أوائلها ويعوض فى أواخرها التاء ومعناها ايصال الشئ الى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال يقال وهب له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لى من لدنك وليا يرثنى ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهبه منه قبله واستوهبه طلب الهبة كذا فى معراج الدراية وغيره وأما فى الشريعة فهى تمليك المال بلا عوض كذا فى عامة الشروح بل المتون (أقول) يرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ولم أر أحدا من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا لايراده مع ظهور وروده جدا غير ان صاحب الدرر والغرر قصد الى الجواب عنه حيث قال فى متنه هى تمليك عين بلا عوض وقال فى شرحه أى بلا شرط عوض لان عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر اه كلامه (أقول) فيه نظر اذ لو كان المراد بقولهم بلا عوض فى تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليعم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقرر فى العلوم العقلية من ان بلا شرط شئ أعم من بشرط شئ ومن بشرط لا شئ لكان تعريف الهبة صادقا على البيع أيضا كما لا يخفى فلزم أن ينتقض به طردا على عكس ما فى المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشتد ثم أقول يمكن الجواب عن أصل النقض بانه يجوز أن يكون المراد بقولهم بلا عوض فى تعريف الهبة بلا اكتساب عوض فالمعنى ان الهبة هى تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فانها وان كانت بشرط العوض الا أنها ليست بشرط الاكتساب ألا ترى انهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض ثم أقول بقى فى التعريف المزبور شئ وهو أنه يصدق على الوصية بالمال فانها أيضا تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار فلو زادوا قيد فى الحال فقالوا هى تمليك المال بلا عوض فى الحال لخرج ذلك فان الوصية تمليك بعد الموت لا فى الحال (قوله وتصح بالايجاب والقبول الخ) قال صاحب النهاية أى تصح بالايجاب

المدة) يعنى أن المشايخ الذين قالوا بان المستعير يملك الايداع أولوا هذه المسئلة وهى قوله وان ردها مع أجنبي ضمن المستعير وانما ضمن المستعير ههنا لانه لم يبق مستعيرا بسبب انقضاء مدة الاستعارة حيث دفع الى آخر بعد فراغه من استعماله ونحن انما قلنا بجواز الايداع للمستعير اذا كان قائما على كونه مستعيرا وههنا لم يبق مستعيرا وبقيت العارية فى يده وديعة وليس للمودع أن يودع غيره فاذا أودعها غيره وفارقه يضمن بالاتفاق والله أعلم بالصواب

(كتاب الهبة)

(كتاب الهبة)

قد ذكرنا وجه المناسبة فى الوديعة ومن محاسنها جلب المحبة وهى فى اللغة عبارة عن ايصال الشئ الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لى من لدنك وليا وفى الشريعة تمليك المال بلا عوض (وهو عقد مشروع لقوله صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا وعلى هذا انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض) وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين أما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف على أنه يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر فى يمينه بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع

(كتاب الهبة)

(قوله قال الله تعالى فهب لى من لدنك وليا) أقول وظاهر أن الولى ليس بمال ولا يملك قال المصنف (وتصح بالايجاب والقبول) أقول قال العلامة الكاكى قوله وتصح بالايجاب كقوله وهبت ونحوه كما يجئ أى تصح فى حق الواهب بمجرد الايجاب وفى حق الموهوب

الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

وحده فى حق الواهب وبالايجاب والقبول فى حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا فى مسائل متفرقة من كتاب الايمان فى قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد بر فى يمينه بخلاف البيع اه كلامه واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المحال ونسج صاحب غاية البيان معنى المقام على هذا المنوال أيضا وعزاه الى الحصر والمختلف وبنى صاحب العناية أيضا كلامه ههنا على اختيار هذا المعنى حيث قال فى شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين أما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر فى يمينه بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع اه والشارح العينى أيضا اقتفى أثر هؤلاء وبالجملة أكثر الشراح ههنا على ان الهبة تتم بالايجاب وحده (أقول) هذا الذى ذكروه وان كان مطابقا جدا لما ذكره المصنف فى مسائل متفرقة من كتاب الايمان فانه قال هناك ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر فى يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل اه الا انه غير مطابق لما ذكره فى هذا المقام لان قوله أما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بمنزلة الصريح فى ان عقد الهبة لا يتم الا بالايجاب والقبول كسائر العقود ويشهد بهذا أيضا قوله والقبض لابد منه لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا سترة به عند من له ذوق صحيح ثم ان صاحب النهاية ومعراج الدراية قد كانا صرحا قبيل هذا الكلام بان ركن الهبة هو الايجاب والقبول ولا يخفى ان ذلك التصريح منهما ينافى القول منهما ههنا بان الهبة تتم بالايجاب وحده اذ لا شك أن الشئ لا يتم ببعض أركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الكافى وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكا آخر فقالا وركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يحنث لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير اه كلامهما (أقول) هذا التقرير وان كان مناسبا لما ذكره المصنف ههنا الا أنه غير ملائم لما ذكره فى مسائل متفرقة من كتاب الايمان كما نقلناه آنفا وأيضا يرد عليه أن التعليل المذكور للحنث فيما لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضى أن يحنث أيضا فيما لو حلف أن لا يبيع فباع ولم يقبل لان المقدور له فى كل عقد هو الايجاب لا القبول مع أنه لا يحنث فى صورة البيع كما صرحوا به والحاصل ان كلمات القوم فى هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لان العقد ينعقد بمجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث فى يمينه عندنا وقال صاحب التحفة ركنها الايجاب والقبول ووجهه ان الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول الى هنا كلامه وقال صاحب البدائع أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركنا وهو قول زفر وفى قول قال القبض أيضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشئ لفلان فوهبه له فلم

هى التبرع لما ينفع الموهوب له لغة يقال وهب له مالا وهبا وهبة وموهبة وقد يقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهبه منه قبله واستوهبه سأله وتمليك العين بلا عوض شريعة وأهلها أهل التبرع وهو الحر المكلف وركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما

(وقال مالك يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

له بالقبول والقبض لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن الموهوب له لا يملكه الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك فيمن حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث أو حلف على أن يهب فلانا فوهبه ولم يقبل بر فى يمينه عندنا انتهى ولا يذهب عليك عدم مطابقة الشرح للمشروح

ولنا

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة أى لا يثبت حكم الهبة وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق (ولانه عقد تبرع) وعقد التبرع لم يلزم به شئ لم يتبرع به (وفى اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه التزام التسليم) ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه مالم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر أن يصلى وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع فى صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بانه مغالطة فان مالا يتم الشئ الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر أو الشروع وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به (بخلاف الوصية) فان الملك يثبت بها بدون القبض لانه لا الزام ثم زيادة على ما تبرع وذلك (لان أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ لا يتصور الالزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم) وهذا موافق لرواية الايضاح وقال فى المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية ألحق الهبة بالوصية ووجه ذلك أن عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا فى نفسه غير لازم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتأيد به وهو فى الهبة التسليم وفى الوصية موت الموصى لكون الموت ينافى المالكية فصح الالحاق (قوله وحق الوارث متأخر) جواب عما يقال الوارث يخلف الموصى فى ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث اليه وتقريره أن حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها (فان قبضها الموهوب له فى المجلس بغير اذن الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا أن يأذن له الواهب فى القبض والقياس أن لا يجوز فى الوجهين وهو قول الشافعى لان القبض تصرف

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفى الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفى اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيأ لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها قال (فان قبضها الموهوب له فى المجلس بغير أمر الواهب جاز) استحسانا (وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا أن يأذن له الواهب فى القبض) والقياس أن لا يجوز فى الوجهين وهو قول الشافعى لان القبض تصرف فى ملك الواهب

يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر لا يحنث مالم يقبل وفى قول مالم يقبل ويقبض وأجمعوا على أنه اذا حلف لا يبيع هذا الشئ لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يحنث الى هنا كلامه (قوله ولانه عقد تبرع وفى اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيأ لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح) يعنى لو ثبت الملك بمجرد العقد تتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدى الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وايجاب شئ لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات كذا فى الكافى وبعض الشروح ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه مالم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر أن يصلى وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع فى صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بانه مغالطة فان مالا يتم الشئ الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا

يحنث لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير وشرطها أن يكون الموهوب مقسوما محوزا وحكمها ثبوت الملك وشرعيتها لقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها أوردوها والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بها السلام والاظهر هو الاول فان قوله أو ردوها يتناول ردها بعينها وذا انما يتحقق فى العطية فان رد عين الكلام لا يتصور وقوله عليه السلام تهادوا تحابوا واجماع الامة ولانها من الاحسان واكتساب سبب التودد بين الاخوان وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان (قوله لان الجواز بدونه ثابت) أى بالاجماع (قوله وفى اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيألم يتبرع به وهو التسليم) لانه لو ثبت الملك بمجرد العقد تتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدى الى ايجاب التسليم على المتبرع به وايجاب شئ لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات ولا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذ فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه ولا يقال انه لما وهب فقد التزم التسليم فيلزمه التسليم بالتزامه كما اذا شرع فى النفل لانا نقول حق المالك فى العين ملك مال وملك يد فان ملك اليد مقصود يضمن بالغصب كما يضمن الاصل ألا ترى أن المدبر يضمن بالغصب وما أزال بالغصب الا يده وكذلك يعتاض على ازالة اليد بعقد الكتابة وليس فيها الا ازالة اليد ولما كان كل واحد منهما مقصودا بنفسه لم يلزم من التزام أحدهما التزام الآخر بخلاف الشروع فى النفل فان المؤدى صار واجب الصيانة وذلك بالاتمام فوجب (قوله بخلاف الوصية) وجه الايراد أن هذا عقد هبة فيوجب الملك قبل القبض قياسا على الهبة بعد الموت وهى الوصية بل أولى اذ الوصية هبة معلقة بالموت وهذه مرسلة وهى أقوى والجواب عنه أن الوصية تمليك بعد الموت وقد زال عن ملكه بعد الموت فالزوال بهذه الوصية لا يلزم شيأ لم يتبرع به ولا ضمانا (قوله وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها) جواب سؤال مقدر وهو

قال المصنف (وهو التسليم فلا يصح) أقول قال الكاكى لا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذ فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه انتهى وفيه بحث

اذملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا أن القبض بمنزلة القبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر أو الشروع ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به كذا فى العناية أخذا من النهاية (أقول) فيه كلام أما أولا فلأن قوله فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب وبالهبة المعوض عنها او بغيرهما مما يتحقق فيه المنع عن الرجوع كما سيأتى وأما ثانيا فلانه اذا جازله الرجوع قبل التسليم وبعده لم يكن فى اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيأ لم يتبرع به وهو التسليم اذ بجواز الرجوع قبل التسليم ينتفى لزوم التسليم فمن أين يجب الزام التسليم فليتأمل فى الدفع (قوله ولنا أن القبض بمنزلة القبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك) قال الشراح قوله فى الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنى أن القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى البيع من حيث ان الحكم وهو الملك يتوقف عليه فى الهبة كما يتوقف على القبول فى البيع وبه صرح فى المبسوط وأشار اليه فى الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا أدرى ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام اهـ (أقول) لعل المانع عنه أمران أحدهما أن المتبادر من كون الشئ بمنزلة الشئ أن يكون قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما اذا كانا فى عقد واحد كالقبض والقبول فى الهبة فان كلا منهما حينئذ يعطى حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ أحدهما حكم الآخر فلا يوجد نزول أحدهما منزلة الآخر وقيامه مقامه بخلاف ما اذا كانا فى عقدين مختلفين كالقبض فى الهبة والقبول فى البيع فانه يجوز حينئذ أن يأخذ أحدهما حكم الآخر فيكون بمنزلته وعن هذا قال فى المبسوط ولما كان القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى البيع أخذ حكم القبول فى البيع وثانيهما أن التوقف وان لم يستلزم الايجاب التام الا أن القبول فى الهبة كما لا يوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه أيضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه لو قال وهبتك هذا الشئ فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض نص عليه الامام الزيلعى فى التبيين وذكر فى الذخيرة أيضا فلا يصح أن يقال ان القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول فى البيع فانه لا يثبت الملك قطعا ولا يصح عقد البيع أصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه الثانى قطعى فى المنع كما ترى وطعن صاحب الغاية فى قول المصنف ولنا أن القبض الخ حيث قال وكان ينبغى أن يقول وجه الاستحسان لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم فى المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا اهـ وقصد الشارح العينى دفع ذلك فقال بعد نقله قلت لما كان القياس هو قول الشافعى ووجه الاستحسان قولنا ناسب أن يقول ولنا وان لم يصرح بذكر الشافعى اهـ (أقول) ان تحقق خصم يأخذ بالقياس فى هذه المسئلة مما يجوز أن يقول ولنا ايماء الى وقوع منازع فى هذه المسئلة وأما مناسبة هذا القول وحسنه فانما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما قبل كما هو المتعارف المعتاد ومراد صاحب الغاية ومؤاخذة المصنف بتقوية المناسبة فى تحريره لا نفى الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العينى كما لا يخفى واعترض على الدليل المزبور بانه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح أمر البائع المشترى بالقبول بعد المجلس وأجيب بان الايجاب من البائع شطر العقد ولهذا لو حلف لا يبيع فباع

أن يقال انعدم أهلية اللزوم للموصى بالموت فوارثه يخلفه فى ملكه فكان ينبغى أن يتوقف ملك الموصى له الى وقت تسليم الوارث الموصى به اليه لان الوصية عقد تبرع كالهبة وهناك يتوقف ملك الموهوب له الى وقت التسليم فكذلك فى الوصية ينبغى أن يكون كذلك فاجاب بان الوارث أجنبى عما صح فيه الوصية فكيف يصح تسليم الاجنبى فلما لم يوجد تسليم من يصح تسليمه ثبت الملك للموصى له فى الموصى به قبل القبض فلم يكن الزام التسليم عليه الزاما على المتبرع (قوله ولنا ان القبض بمنزلة القبول فى الهبة) من حيث انه يتوقف عليه

في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق) بالاتفاق (والتصرف فى ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا) وهو وجه الاستحسان فى الاول (أن القبض فى الهبة بمنزلة القبول) فى البيع (من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه) فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله فى الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول

(قوله فقوله فى الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول) أقول ولا أدرى ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام قال العلامة الكاكى وصاحب النهاية قوله فى الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول أى القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى البيع وبه صرح فى المبسوط وأشار اليه فى الايضاح انتهى وليس فيما قالا ما يدل على عدم استقامة المعنى اذا تعلق بالقبول

والمقصود

(والمقصود منه) أى مقصود الواهب من عقد الهبة (اثبات الملك) للموهوب له واذا كان كذلك (فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض) تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة (ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا انما أثبتنا التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه) فان قيل يلزم على هذا ما اذا نهى عن القبض فان التسليط موجود

ولم يجز له القبض أجاب بقوله

والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما أثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض فى المجلس لان الدلالة لا تعمل فى مقابلة الصريح

ولم يقبل المشترى لا يحنث فاما ايجاب الواهب فعقد تام بدليل أنه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث استحسانا فيقف على ما وراء المجلس فيصح الامر بالقبض وقبضه بعد المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران فى عامة الشروح وعزاهما فى النهاية ومعراج الدراية الى المختلفات (أقول) فى الجواب بحث أما أولا فلانه لا يدفع السؤال المذكور بل يقرره لان حاصل ذلك السؤال القدح فى المقدمة القائلة ان القبض بمنزلة القبول بانه لو كان كذلك لما صح فى القبض ما لا يصح فى القبول من التأخير الى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين ايجاب الواهب وايجاب البائع بان الاول عقد تام والثانى شطر العقد وجعل هذا الفرق مدارا لصحة القبض بالاذن بعد المجلس فى الهبة وعدم صحة القبول بالامر بعد المجلس فى البيع وخلاصة هذا بيان لمية صحة القبض فى الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول فى البيع بعده وهذا لا يدفع القدح فى قولهم ان القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى البيع بل يقرر ذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلانهم صرحوا بان الحكم فى البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور فى الهبة لافتقاره أيضا الى القبض كما ذكر فى الكافى وفى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده ولا يخفى أن الجواب المذكور لا يتمشى فى تلك الصورة رأسا لان الايجاب فى البيع الصحيح والايجاب فى البيع الفاسد سيان فى كونهما شطر العقد لا تمامه فلا يتم الفرق المزبور وهنالك وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجهين آخرين حيث قال فيه بحث فانه لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب وأيضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف أنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول اهـ (أقول) كلا وجهى بحثه ساقط أما الاول فلأن الملازمة فى قوله لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب مسلمة فاما بطلان التالى فممنوع اذ قد ذكرنا فيما مر آنفا انه لو قال وهبتك هذا الشئ فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه فى التبيين وذكر فى الذخيرة أيضا فاذا صح عقد الهبة من غير قبول أصلا فلأن يصح بالقبول بعد المجلس بامر الواهب أولى كما لا يخفى وأما الثانى فلأنا قد نقلنا عن البدائع فيما مر ان ركن الهبة هو الايجاب من الواهب وأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركنا فمدار الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المصنف نفسه فى مسائل متفرقة من كتاب الايمان بان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل والعاقل لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حمل أحدهما على القياس والآخر على الاستحسان (قوله والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض)

ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك أى مقصود الواهب من الايجاب اثبات الملك فيكون منه تسليطا على القبض تحقيقا لمقصوده فان قيل الايجاب لو كان تسليطا على القبض فى المجلس لما صح الامر بالقبض بعده قلنا انما لا يصح القبول بعد المجلس لان ايجاب البائع شرط العقد وانه لا يتوقف على ما وراء المجلس فاما فى الهبة فركنها الايجاب لانه تبرع وهو يتم بالمتبرع حتى يحنث فى يمينه لا يهب أما فى حق الموهوب له لا يتم الا بالقبول فاذا وجد الايجاب والقبول جاز أن يتوقف على ما وراء المجلس ليوجد شرطه وهو القبض (قوله بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق) لانه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض ألا ترى ان القبض متى

(بخلاف ما اذا نهاه) يعنى صريحا (فى المجلس لان الدلالة لا تعمل فى مقابلة الصريح) وفيه بحثان الاول انه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثانى أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشترى ثم اذا تم الايجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشترى بدون اذنه جازله أن يسترده ويحبسه للثمن وأجيب عن الاول بان الايجاب من البائع شطر العقد ولا يتوقف على ما وراء المجلس وفى الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه

(قوله وفيه بحثان الاول انه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع) أقول فيه نوع ركاكة (قوله وأجيب عن الاول بان الايجاب من البائع شطر العقد) أقول ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشترى لا يحنث (قوله وفى الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه) أقول هكذا وقع فى هذه النسخة موافقا لما فى سائر الشروح وفيه بحث فانه لو صح ما ذكره لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب وأيضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف من أنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وأما مناقضة الحلف فامرها سهل لكون مبناها على العرف ولعل الاولى أن يقال فى الجواب القبض بمنزلة القبول وليس به حقيقة فبالنظر الى كونه بمنزلته جوز القبض فى المجلس بلا اذن الواهب وبالنظر الى التغاير حقيقة صح الامر بالقبض بعد

وعن الثانى بانالانسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشترى بل مقصوده منه تحصيل الثمن لاغير وثبوت الملك له ضمنى لامعتبر به قال (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت الخ) هذا بيان الالفاظ التى تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا القول فى قوله لان

قال (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت) لان الاول صريح فيه والثانى مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام أكل أولادك نحلت مثل هذا وكذلك الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد (وكذا تنعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشئ وحملتك على هذه الدابة اذا نوى

يعنى أن مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة ونقض هذا بفصل البيع فان مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشترى ثم اذا تم الايجاب والقبول هنالك والمبيع حاضر لا يجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى ان المشترى لو قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع أن يسترده ويحبسه حتى يأخذ الثمن وأجيب بانا لانسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشترى بل مقصوده منه تحصيل الثمن لاغير وثبوت الملك للمشترى ضمنى لاقصدى فلامعتبر به كذا فى الشروح (أقول) لا يرد النقض المذكور رأسا اذ لو سلم أن مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشترى فكذلك المقصود يحصل بقبول المشترى من غير توقف على القبض فان القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشترى فلامقتضى لجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر (قوله بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما أثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به) أقول لقائل أن يقول انما ألحق القبض فى الهبة بالقبول فى البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه فى الهبة كما يتوقف على القبول فى البيع كما تقرر فيما مر آنفا لا من جميع الحيثيات الاترى أن القبض فى الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول فى البيع فانه ركن داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد ما يلحق به من الحيثية المذكورة بالمجلس أيضا فان تقييد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركنا داخلا فى العقد ولهذا لا يصح القبول بعد المجلس بامر البائع أيضا فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل فى العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من جهة كونه موقوفا عليه لثبوت حكم العقد والا يلزم أن لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن أيضا فتأمل والاولى فى تقرير وجه الاستحسان فى مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام فى مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو أنه لابد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لامحالة كان الاقدام على الايجاب له اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما فى باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشترى بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا أن ما ثبت اقتضاء يثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر

فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لامحالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض واقتضاء كما فى البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا المشترى بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا أن ما ثبت بالقبض ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة ترتفع بثبوت الاذن فى المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا مع القبض فى المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراءه بخلاف ما لو ثبت نصا لانه ثابت من كل وجه فيبقى فى المجلس وبعده وقوله قال عليه السلام أكل أولادك نحلت مثل هذا خاطب به النبى صلى الله عليه وسلم بشيرا والد النعمان وهو ما روى النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال نحلنى أبى غلاما وأنا ابن سبع سنين فابت أمى الا أن يشهد على ذلك رسول الله عليه السلام فحملنى أبى على عاتقه الى رسول الله عليه السلام فاخبره بذلك فقال ألك ولد سواه فقال نعم فقال أكل أولادك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور (قوله وأعمرتك هذا الشئ)

الاول صريح فيه والثانى مستعمل فيه وكلامه موافق بافادة المطلوب سوى الفاظ تذكرها (قوله أكل أولادك نحلت مثل هذا) روى النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال نحلنى أبى غلاما وأنا ابن سبع سنين فابت أمى الا أن تشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم

المجلس ايذانا لانحطاط رتبته عن القبول فتامل ووقع فى بعض النسخ وجد عقد تام فلا يرد عليه هذا البحث نعم يرد على ما فى الشروح الاخر فتدبر (قوله وعن الثانى بانا لانسلم أن مقصود البائع الخ) أقول ولو سلم أن المقصود ذلك فبالقبول يتم المقصود ويحصل الملك للمشترى ولا يتوقف على القبض حتى يرد ما ذكره وأما حق الاسترداد فلكون المبيع قبل نقد الثمن كالمرهون فان قيل حق الرجوع ثابت فى الهبة أيضا فلا ينافى ذلك كون الايجاب تسليطا قلنا ذلك فى الهبة ليس بكلى ألا يرى الى موانع الرجوع فى الهبة بخلاف البيع فتأمل (قوله وقد تقدم لنا القول الخ) أقول فى أوائل العارية قال المصنف (وأما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين) أقول فى التلويح قالوا والضابط أنه اذا ذكر المفعول الثانى فهو للتمليك والا فهو للاباحة انتهى ولعل المراد من الاضافة الى ما يطعم عينه ما ذكره فى التلويح من جعله مفعولا ثانيا له فلا يرد ما أورده المولى يعقوب باشا فى حواشى شرح الوقاية

بالحلان

بالحلان الهبة) أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال أطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد أكل غلتها وأما الثانى فلان حرف اللام للتمليك وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام فمن أعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا وأما الرابع

الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن فى المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا متى قبض فى المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت فى المجلس وبعد المجلس انتهى (قوله أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين) قال صاحب غاية البيان ولنا فى تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغى أن يكون المراد من الاطعام فى الكفارة التمليك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الاطعام فى الآية مضافا الى ما يطعم عينه فافهم انتهى كلامه (أقول) يمكن الجواب عن هذا النظر بان مراد المصنف بالاضافة الى ما يطعم عينه أن يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولا ثانيا للاطعام وفى آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيها على أصل وضعه وهو الاباحة ويرشدك الى هذا التوجيه أنه قال فى تنقيح الاصول فى أوائل التقسيم الرابع وفى قوله تعالى اطعام عشرة مساكين اشارة الى أن الاصل فيه هو الاباحة والتمليك ملحق به لان الاطعام جعل الغير طاعما لا جعله مالكا وألحق به التمليك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهى كثيرة فاقيم التمليك مقامها انتهى وقال فى التلويح وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فانما كان هبة وتمليكا بقرينة الحال لانه لم يجعله طاعما قالوا والضابط أنه اذا ذكر المفعول الثانى فهو للتمليك والا فللاباحة انتهى فتامل ترشد ثم انه قد ذكر فى المحيط البرهانى نقلا عن الاصل واذا قال أطعمتك هذه الارض فهو عارية ولو قال أطعمتك هذا الطعام فان قال فاقبضه فهو هبة وان لم يقل فاقبضه يكون هبة أو عارية انتهى (أقول) لا يذهب على ذى فطنة أن اطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف بما ذكر لا يطابقان رواية الاصل لان الظاهر منهما أن يكون قوله أطعمتك هذا الطعام هبة مطلقا ورواية الاصل صريح فى أن قوله المذكور انما يكون هبة اذا قيده بقوله فاقبضه وأما اذا لم يقيده بذلك فيحتمل الامرين أى الهبة والعارية وان النظر المذكور لا يتجه أصلا على ما فى رواية الاصل لان التمليك انما يستفاد على هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لا من لفظ الاطعام فلا ينافى أن يكون الاطعام فى آية الكفارة على أصل وضعه وهو الاباحة (قوله بخلاف ما اذا قال أطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها) أقول لقائل أن يقول كون الارض مما لا تطعم عينه انما يقتضى أن لا يكون الاطعام المضاف اليها على حقيقته ولا يقتضى أن لا يراد به تمليك العين مجازا كما أريد به ذلك اذا أضيف الى ما يطعم عينه فانهم حملوا هنالك على تمليك العين مع أن حقيقة الاطعام جعل الغير طاعما أى آكلا لا جعله مالكا كما صرحوا به والجواب انه وان أمكن أن يراد بالاطعام المضاف الى مثل الارض تمليك العين مجازا لكن هذا التجوز ليس بمتعارف فى مثل ذلك وانما المتعارف أن يراد اطعام الغلة على طريق ذكر المحل وارادة الحال كما أن المتعارف فيما اذا أضيف الاطعام الى ما يطعم عينه أن يراد به تمليك العين وكلام العاقل انما يحب حمله على المتعارف لا على كل ما احتمله اللفظ تدبر (قوله وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا) قال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك واقتفى أثره الشارح العينى وسكت غيرهما عن البيان (أقول) الظاهر أن قول المصنف هذا اشارة الى قريبه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام فمن أعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده ويدل على هذا ذكر هذه الصورة فى ذيل الثالث

أى جعلت لك هذه مدة عمرك فاذا مت أنت فهو لى يقال أعمره الدار قال له هى لك عمرك ومنه أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها فمن أعمر شيأ فهو له ومنه العمرى (قوله فهى للمعمر له ولورثته) أى لورثة المعمر له من

فحملنى أبى على عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال ألك ولد سواه فقال نعم فقال أكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور وقوله عليه الصلاة والسلام (ولورثته من بعده) أى ولورثة المعمر له يعنى تثبت من بعد المعمر له الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع وكذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك

فلان الجمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته (ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لانه يراد به التمليك قال الله تعالى أو كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا أي ملكه منه (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية) لما روينا من قبل

اذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران لذكرها في ذيل الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها أصلا اذ قد سبق ذكر ما اذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذي قال له وأما الثاني ولا يرى أثر فرق بينه وبين ما اذا قال جعلت هذه الدار لك عمري الا باشتمال هذه الصور على لفظة عمري دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك للتمليك لا كون لفظة العمرى لاثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة مستدركا كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ماذكرته لقال لما روينا كما هو دأبه عند قصد الاشارة الى السنة قلت كان الشارحين المزبورين اغترا بذلك ولكن يمكن التوجيه بجعل ما في قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام لا عن نفس الحديث وقد أشرنا اليه في تحرير مراده فتبصر (قوله وأما الرابع فلان الجمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته) يعني أن الحمل تصرف في المنفعة فيكون عارية الا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لان هذا اللفظ قد يذكر لتمليك العين فاذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته قال في الكفاية فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقته الاركاب وقد ذكر في العارية أن قوله حملتك لتمليك العين قلنا حقيقته الاركاب نظرا الى الوضع وهو لتمليك العين في العرف والاستعمال لكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك انتهى وذكر صاحب العناية فحوى ذلك بعبارة أخرى حيث قال لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما أشرنا اليه هنالك ان قوله لانهما التمليك العين يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الجمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى (أقول) بقي اشكال وهو انه قد تقرر في كتب الاصول أنه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا فعند أبي حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي أولى والعمل به وعندهما المعنى المجازي أولى والعمل به وأما اذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا فاذا عرفت ذلك ففيما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم أن يكون العمل عند أبي حنيفة بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الاركاب وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تمليك العين فينبغي أن يحمل الحمل على العارية عند عدم ارادة الهبة على أصل أبي حنيفة وان يحمل على الهبة وان لم ينوها على أصلهما مع أن وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة على الاول من غير أن يذكر الخلاف في شيء منها فليتأمل ثم ان قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التأمل فيه حتى يترجح أحد معنييه أو معانيه بالادلة أو الامارات على ما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه ان نوى الهبة يحمل عليها وان لم ينوها يحمل على العارية من غير تأمل ولا توقف فاين هذا من ذلك (قوله ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعني ماذكره في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة كذا في الشروح (أقول) ههنا كلام أما أولا فلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة الحمل وعدم تقييدها بعدم ارادة الهبة أن يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية

بعد المعمر له يعني يثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع (قوله لان الحمل هو الاركاب حقيقة) فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقته الاركاب وقد سبق في العارية ان قوله حملتك لتمليك العين لانا نقول حقيقته الاركاب نظرا الى الوضع وهو لتمليك العين في العرف والاستعمال ولكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك (قوله لما روينا من قبل) أراد به ماذكره في كتاب العارية من

وقوله (فلان الحمل هو الاركاب حقيقة) يعني أنه تصرف في المنافع (فيكون عارية) الا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لان اللفظ قد يذكر للتمليك فاذا نوى محتمل لفظه فيما فيه تشديد عليه عملت نيته لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تمليك المنافع مجازا لما أشرنا اليه هنالك أن قوله لانهما التمليك العين يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عليه

(قوله لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني أنه تصرف) أقول ضمير أنه راجع الى الحمل (قوله لما أشرنا اليه الخ) أقول جواب لقوله لا يقال هذا يناقض ما تقدم الخ

الصلاة والسلام المنحة مردودة وقوله (ولو قال داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة) انما هو بنصب هبة في الموضعين اما على الحال أو التمييز لما في قوله داري لك من الابهام وقوله (لان العارية محكم في تمليك المنافع) كان الواجب أن يقول لان سكنى محكم في تمليك المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز أن يقال سكنى لا يحتمل الا العارية فعبر عنه بالعارية (ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود) أنه ملكه الدار عمره ليسكنها وهو معلوم وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل (بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير

له) والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة الخ) الموهوب اما أن يحتمل القسمة أولا وضابط ذلك أن كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصانا في ماليته لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب التمر على النخيل دون النخيل أو الزرع في الارض دونها فان الموهوب ليس بمحوز أي ليس بمقبوض والثاني عن المشاع فانه اذا حز وقبض التمر الموهوب على النخيل ولكن ذلك التمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضا لانه غير مقسوم ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه الا محوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا فانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم أفرزه وسلم صحت ووقعت مثبتة

(ولو قال داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية) لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى أو نحلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه (ولو قال هبة تسكنها فهي هبة) لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة

وان نوى بالمنحة الهبة وقد ذكر في كتاب العارية أن قوله منحتك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية اذا لم يرد بهما الهبة وقال في التعليل لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا فكان بين كلاميه في المقامين نوع تنافر وأما ثانيا فلان تعليل هذه المسئلة بما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة منظور فيه اذ قد ذكر في المحيط نقلا عن الاصل انه اذا قال منحتك هذه الدراهم أو هذا الطعام فهو هبة ولو قال منحتك هذه الارض أو هذه الجارية فهو عارية وقال فالاصل ان لفظة المنحة اذا أضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة واذا أضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة المعتبرات وقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثاني به ينتقض بالفصل الاول فتأمل في التوجيه (قوله لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير) اذ الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم كذا في المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج الشريعة لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم ونقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر مختار العامة (أقول) ليس هذا بصحيح لان قوله تسكنها ليس بفعل المخاطب وانما فعل المخاطب السكنى الذي دل عليه لفظ تسكنها والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فهل يقول العاقل ان لفظ التكلم فعل

قوله عليه السلام المنحة مردودة (قوله ولو قال داري لك هبة) بنصب هبة وكذلك أو سكنى هبة بنصبها (قوله لان العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها) لانه تحتمل هبة المنفعة كان من حقه أن يقول لان السكنى محكم في تمليك المنفعة ولعله توهم ان المذكور قبله هبة عارية أو عارية هبة فعلل بذلك أولان قوله سكنى عارية فذكر العارية في التعليل مكان السكنى لدلالة السكنى على العارية (قوله لما قدمنا) اشارة الى قول لان العارية محكمة في تمليك المنفعة وذلك لان لام الملك يحتمل تمليك المنفعة فكان أول كلامه محتملا تمليك السكنى وقوله سكنى محكم في تمليك المنفعة لانه يحتمل تمليك الرقبة أو انه خرج تفسيرا الاول الكلام فيتغير به حكم أول الكلام فصار المحكم قاضيا على المحتمل فكانه قال لك سكنى داري فيكون عارية (قوله لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير) لان قوله تسكنها فعل وانه لا يصلح تفسيرا للمذكور سابقا ولكنه مشورة أشار به عليه في ملكه فان شاء قبل مشورته وسكنها وان شاء لم يقبل وهو بيان لمقصوده انه ملكه الدار ليسكنها وهذا معلوم وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه (قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة) يعني بالمحوز أن يكون مفرغا عن أملاك الواهب وحقوقه وقد احترز به عما اذا وهب التمر على النخيل دون النخيل أو وهب الزرع في

(قوله والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا) أقول لا يقال له نظائر كثيرة من جلتها هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم تؤمنون بالله الآية لانه تبيين لا تفسير وبينهما فرق (قوله وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم) أقول وفيه بحث ومخالفة لما سبق من المصنف في كتاب المضاربة (قوله اما أن يحتمل القسمة أولا الى قوله فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار الخ) أقول قوله فالثاني ناظر الى قوله أولا والاول ناظر الى قوله اما أن يحتمل القسمة

للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة فى نفسها ولكن توقف اثبات الملك على الافراز وبالتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه على الافراز والتسليم لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة وذلك ليس على ما ينبغى وتصحيحه بما ذكر وقال الشافعى هبة المشاع جائزة فى الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك للموهوب له لانه عقد تمليك وهو ظاهر وعقد التمليك يصح فى المشاع وغيره كالبيع بانواعه يعنى الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض فى هذه العقود بالاجماع فاذا باع وخلى بينه وبين المشترى خرج عن ضمان البائع ودخل فى ضمان المشترى وملكه المشترى وان كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول فى ضمان المشترى مبنى على القبض وكذا يصلح المشاع

أن يكون رأس مال السلم و بدل الصرف والقبض شرط فيهما وهذا أى جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أى لحكم عقد الهبة وهو الملك كما فى البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لان المحلية عين القابلية أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعنى لم يعهد ذلك مبطلا فى التبرعات كالقرض والوصية بان دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه و يعمل فى النصف الآخر بشركته و بان أوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا ولنا أن القبض فى الهبة منصوص عليه لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام لا تصح الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لان التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده وقبض المشاع ناقص لانه لا يقبله الا بضم غيره اليه أى بضم غير الموهوب الى الموهوب أو بالعكس فان كلامه يحتملهما والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم النافية للاعتناء بشأنه

المشاع فيما لا يقسم جائزة) وقال الشافعى تجوز فى الوجهين لانه عقد تمليك فيصح فى المشاع وغيره كالبيع بأنواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا أن القبض منصوص عليه فى الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير

المخاطب (قوله وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية) قال صاحب العناية فى حل هذا الكلام وهذا أى جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أى لحكم عقد الهبة وهو الملك كما فى البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لان المحلية عين القابلية أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعنى لم يعهد ذلك مبطلا فى التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه و يعمل فى النصف الآخر بشركته و بأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا اهـ كلامه (أقول) تعسف الشارح المذكور فى بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا فى قول المصنف وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضى هذا أن يكون قول المصنف وهذا لان المشاع الخ دليلا على أصل مدعى الشافعى وهو قوله تجوز فى الوجهين فيكون دليلا ثانيا عليه

الارض دون الارض لان الموهوب ليس بمحوز أى ليس بمقبوض على الكمال لاتصاله بملك الواهب وقوله مقسومة احتراز عن المشاع فانه اذا حاز وقبض التمر الموهوب على النخيل وكان التمر مشتركا بينه و بين غيره لا يجوز أيضا لانه غير مقسوم وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة يعنى به ما لا يحتمل القسمة أى لا يبقى منتفعا بعد القسمة أصلا كعبد واحد ودابة واحدة أو لا يبقى منتفعا بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير والثوب الصغير و يعنى بما يقسم ان يبقى منتفعا فى الحالين قبل القسمة و بعدها وفى الذخيرة وذكر الامام الزاهد أحمد الطواويسى رحمه الله اذا وهب الرجل نصف درهم صحيح من الدراهم العدالية يجوز وهو الصحيح وجعل هذا بمنزلة هبة مشاع لا يحتمل القسمة وذكر أصلا فقال كل شئ يضره التبعيض فيوجب نقصانا فى ماليته فانه لا يحتمل القسمة واذا لم يوجب التبعيض نقصانا فى ماليته فهو مما يحتمل القسمة تخرج على هذا هبة بعض العدالية لان التبعيض يضره وكذلك الدينار الصحيح اذا كان يضره التبعيض يجوز هبة بعضه (قوله كالبيع بانواعه) أراد بانواع البيع الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان المشاع لا يمنع تمام القبض فى هذه العقود بالاجماع (قوله كالقرض والوصية) فصورة

(قوله وتصحيحه بما ذكر) أقول أراد به قوله ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة الخ و يجوز أن يكون المراد ما لا يقسم شرعا قال المصنف (لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك) أقول فان قيل نحن لا ننازع فى كون المشاع محلا للعقد فلا مساس لهذا الكلام هنا قلنا يظهر توجيهه بأدنى تامل (قوله و بان أوصى لرجلين بألف درهم) أقول معطوف على قوله بأن دفع ألف درهم

ولان فى تجويزه الزام الواهب شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضى لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضيا أجيب بان المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ولهذا أى ولان فى تجويز هذا العقد الزام ما لم يلتزم امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف ما لا يقسم لان الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفى به ضرورة ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل

(قوله أجيب بان المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع الى قوله وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة) أقول

موهوب ولان فى تجويزه الزامه شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا تلزمه مؤنة القسمة

فكان ينبغى أن يقول المصنف ولان المشاع بدل قوله وهذا لان المشاع والثانى أنه ارتكب تقدير مقدمات حيث قال فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا والباعث عليه جعله لفظ هذا اشارة الى جوازه والثالث انه حمل قول المصنف وكونه تبرعا الخ على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التى قدرها وهى قوله ولا مانع ثمة والحق عندى أن مقصود المصنف من قوله وهذا لان المشاع الخ اثبات كبرى الدليل السابق وهى قوله فيصح فى المشاع لا اثبات أصل المدعى ولفظ هذا اشارة الى مضمون هاتيك الكبرى فالمعنى وهذا أى صحته فى المشاع أو كونه صحيحا فى المشاع لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له فلا يلزم حينئذ الوجهان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية أما الاول منهما فظاهر جدا وأما الثانى فلسقوط الاحتياج حينئذ الى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بادنى التأمل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة وهو أن يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه فى المشاع لزم فى ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزاما عليه ما لم يلتزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع لا يمنعه الشيوع كالقرض والوصية يعنى أن الشيوع فى القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع فى الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث أيضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية وهو حمل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر (قوله ولان فى تجويزه الزامه شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة) يعنى ان فى تجويز عقد الهبة فى المشاع الزام الواهب شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضى لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضيا أجيب بان المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها كذا فى العناية أخذا من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العينى (أقول) فى الجواب بحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل أعنى قوله ولان فى تجويزه الزامه شيأ لم يلتزمه وهو القسمة لان الذى يستلزمه تجويز هبة الشئ انما هو الزام واهبه حكم الهبة وهو ثبوت الملك للموهوب له وشيأ يستلزمه حكمها وأما ما ليس بحكم الهبة ولا شيأ من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة فى شئ فاذا لم تكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيأ يستلزمه حكمها فأنى يلزم من تجويز هبة المشاع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه ما لم يلتزمه لا يقال الذى لا يستلزم القسمة هو

قرض المشاع انه لو دفع ألف درهم مثلا الى آخر على أن يكون نصفه قرضا عليه ونصفه بضاعة أو يعمل فى النصف الآخر بشركته فانه يجوز مع ان القبض شرط لوقوع الملك فى القرض ولا تشترط القسمة فيه (قوله ولنا ان القبض منصوص عليه فى الهبة) وهو قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة فيشترط كماله كاستقبال القبلة فى الصلاة لما كان منصوصا عليه يشترط كماله حتى لو استقبل الحطيم لم يجز لانه بيت من وجه دون وجه والمشاع لا يقبل القبض الا بضم غير الموهوب اليه والحاصل تبعا لغيره يكون أنقص من الحاصل مقصودا بنفسه وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا وبدون الاطلاق لا يثبت الكمال ثم القبض من الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشئ فى حيز القابض والمشاع فى حيزه من وجه دون وجه لانه فى يده من وجه وفى يد شريكه من وجه فتمام الحيازة بالقسمة لان القسمة بجمع الاجزاء المتفرقة وما لم تجتمع لا تصير محوزة على الحقيقة فى يده الا بغيره وذلك غير موهوب فيمتنع تمام الحيازة لما هو له لان ما للغير غير محوز له من طريق الحكم فاذا لم تتحقق الحيازة فى حق ملك الغير وحقه لا يصير محوزا الا بغيره فصارت الحيازة ناقصة فلا ينتهض لافادة الملك (قوله ولهذا امتنع جوازه قبل القبض) أى

لزمـه المهاياة وفى ايجابها الزام مالم يـلتزم بالعقد ومع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة كذلك أجاب بقوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين ولقائل أن يقول ان الزام مالم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك و يدفع التحكم بان فى عوده الى ذلك الزام زيادة عين هى أجرة القسمة

والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة عملا

الملك المشاع وهو الذى ذكره فى الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفرز وهو يستلزم القسمة لانا نقول لا نسلم ان حكم الهبـة مطلقا هو الملك المفرز بل حكمها هو الملك مطلقا ألا ترى ان هبة المشاع الذى لا يحتمل القسمة جائزة بالاتفاق وحكمها ثابت قطعا مع ان حكمها هنالك ليس الملك المفرز بلا ريب بل هو الملك المشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفرز لم يصح قول المجيب ان المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لان من أقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعا فلو كان حكمها مطلقا هو الملك المفرز تعين الرضا منه بما يستلزم القسمة وهو الملك المفرز هـذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمـة لا ينفعه اباؤه على أن له أن يرجع عن هبته ولا تلزمه المؤنة فليتأمل اهـ (أقول) كل واحـد من أصل بحثه وعلاوته ساقط أما الاول فلانه وان علم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه الا ان طلب شريكه اياها غـير متعين بل محتمل والاقدام على العقد انما يقتضى الرضا بما هو من ضرورات ذلك العـقد ولوازمه لا بما هو من محتمـلات ذلك وأما الثانى فلان فى رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبـة فلزم أن يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسـه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه فـكان فى تجويز هبـة المشاع الزام الواهب أحد الضررين وذلك لا يجوز وأيضا هل يجوز العاقل أن يكون بناء جواز هبـة المشاع عـلى جواز الرجوع عنها وليس هـذا بمنزلة بناء تحقق الشئ عـلى انتفائه على انه ليس له الرجوع عن هبتـه فى كثير من المواد وهى التى تحقق فيها الموانع عن الرجوع كما سيأتى فى الكتاب فيلزم المحـذور فى مثل ذلك ثم أقول بقى شئ فى أصل هذا التعليل وهو ان واهب المشاع اما أن يرضى بالقسمة أو يمتنع عنها فان رضى بها كان ملتزما اياها فلم يكن فى الزامـه مؤنة القسمـة الزامه مالم يلتزمه وان امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمـة عنـد أبى حنيفة لان مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على ما يجئ فى كتاب القسمة فلم يتم هذا التعليل على قوله (قوله والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) هذا

امتنع ثبوت حكمه وهو الملك (قوله والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة) هذا جواب لشبهة ترد على قوله ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة وهى انه يستوجب به المهايأة وان لم تلزمه مؤنة قسمة العـين فيما لا يقسم فاجاب بأن المهاياة قسمة المنفعة وعقد التبرع لاقى العين فلم يكن ذلك ضمانا فى عين ما يتبرع به ولا يرد على هـذا ما لو اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم يضمن قيمتـه للموهوب له لان ذلك الضمان يلزمه بالاتلاف لا بعقـد التبرع وضمـان المقاسمة ههنا وان كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة ولا يمنع اضافة الضمـان الى الهبة الا يرى ان شراء القريب اعتاق وان كان العتق بسبب الملك لان ذلك الملك حكم الشراء و به فارق البيع فانه عقـد الضمـان فيجوز ان يتعلق به ضمـان المقاسمة (قوله فالقبض فيها غير منصوص عليه) أى فى هذه البيوع حتى يراعى وجوده على أكمل الجهات وقوله عليه السلام يدا بيد بيان التعين الا ان التعين فى الثمن يكون بالقبض ولان القبض شرط بقاء الصرف والسلم على الصحة لا شرط الابتداء والبقاء اسهل من الابتداء ولا كذلك فى الهبة فان التنصيص على القبض فيها البقع صحيحا فافترقا (قوله والقرض تبرع من وجه وعقد ضمـان من وجـه) حتى كان المستقرض مضمونا بالمثل فلا يتعداه ضمـان المقاسمـة وشرط القبض هنالك ليس بمنصوص ليراعى

على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس فى غـيره ذلك لان المهاياة لا يحتاج اليها ولا يـلزم ما اذا أتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه يضمن قيمته للموهوب له وفى ذلك الزام زيادة عين على ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بعـقد التـبرع (قوله والوصية) جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره أن الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعـدم تحققه فى المشاع والوصـية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غـير منصوص عليه فيها فان قيـل القبض فى الصرف منصوص علـيه فلا يصح نفيه أجيب بان كلامنا فيما يكون القبض

وفيه بحث فانه يعـلم أنه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه على أن له أن يرجع عن هبته ولا تلزمـه المؤنة فليتأمل (قوله فان قيل لزمه المهايأة وفى ايجابها الزام مالم يـلتزم) أقول ممنوع فان الاقدام على عقد الهبة التزام (قوله والجواب بتخصيصـه بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك الى قوله بعوده الخ (قوله لان ذلك بالاتلاف) أقول يعنى ليس ذلك حكم العقد بخلاف القسمة فانها من أحكام الملك الذى هو حكم العقد (قوله فان قيل القبض فى الصرف منصوص عليه الخ) أقول فيـه أنا لا نسـلم كون القبض منصوصا عليه فى الصرف ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين ولزوم القبض لضرورة التعين على ما حققه المصنف فى باب الربا

بالشبهين

منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفى الصرف لبقائه فى ملكه فليس مما نحن فيه ولانها عقود ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة فان قيـل اذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة وما جازت فالجواب سيأتى والقرض تبرع من وجه بدليل أنه لا يصح من الصبى والعبد وعقد ضمان من وجه فان المستقرض مضمون بالمثل فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه ولشبهه بعقد الضمان لم نشترط فيه القسمة عملا بالشـبهين على أن القبض فيـه ليس منصوصا عليه فيراعى على الكمال (ولو وهب من شريكه لم يجز) وان لم يلتزم فيه مؤنة القسمة (لان الحكم يدار على نفس الشيوع) فانه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال فكانه اشارة الى الوجه الاول

بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) لما ذكرنا (فان قسمه وسلمه جاز) لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال (ولو وهب دقيقا فى حنطة أو دهنا فى سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز) وكذا السمن فى اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا

جواب عن سؤال مقدر تقـديره أنه ان لم تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهايأة وفى ايجابها الزام مالم يلتزم ومع ذلك العـقد جائز فلتكن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فاجاب بان المهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لان المهايأة قسمة المنفعة والهبة التى هى عقد التبرع انما لاقت العين ولا الزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمانا فى عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة ما فى جملة الشروح والكافى ههنا وقال صاحب العناية بعـد ذلك ولقائل أن يقول الزام مالم يلتزم الواهب بعـقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك و يدفع التحكم بان فى عوده الى ذلك الزام زيادة عين هى أجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس فى غيره ذلك لان المهايأة لا يحتاج اليها اهـ كلامه (أقول) لا يرى فى الجواب الذى ذكره كثير طائل فى دفع سؤال سائل لان حاصله ان فى عوده الى ما تبرع به الزامه اخراج عين هى أجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك فى المهاياة فلقائل أن يقول ان لم يكن فى المهايأة الزامه اخراج عين عن ملكه ففيه الزامه ازالة نفع فى زمان معين عن تصرفه وكون الاول أكثر ضررا من الثانى مطلقا غير مسـلم فكم من منفعة كمنفعة دار ونحوها تكون أعز وأشرف من مقدار عين يصـير أجرة قسمته فتكون ازالتها عن الانتفاع بها أشق على الانسان وأكثر ضررا له من اخراج مقدار عين يصير أجرة قسمته عن ملكه وأما الزيادة على العين الموهوبة فمتحققة فى الصورتين معا غير أن الزائد عليها فى احداهمـا العين وفى الاخرى المنفعة والاظهر فى الجواب عندى أن يقال تخصيص ذلك بما اذا عاد الى

وجوده على أكمل الجهات ثم لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه بعقد الضمان لم نشترط فيه القسمة وذلك اعتبار صحيح فيما له شبهان (قوله لان الحكم يدار على نفس الشيوع) وهذا لان القبض فى الهبة لا يتم فى الجزء الشائع فقبض الشريك لا يتم باعتبار ما لاقاه الهبة وانما يتم به و بغيره وهو ما كان مملوكا له وما يشترط لاتمام العقد فانما يعتبر ثابتا فيما يتناوله العقد دون غـيره ولا يلزم الاجارة فانه يجوز مع الشريك فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله لان الشيوع انما يمنع صحة الاجارة لعدم القدرة عـلى تسليم ما آجر به ولا شـيوع مع الشريك لان الـكل يحدث على ملكه فأما الشيوع فيمنع صحة الهبة لمعنيين ايجاب ضمـان القسمة على المتبرع وكون القبض ناقصا بسبب الشيوع والكمال شرط فى قبضه لانه منصوص عليه فههنا ان لم يوجد احد المعنيين فقد وجد المعنى الآخر (قوله ومن وهب شقصا مشاعا فالهبـة فاسدة) أى لا يثبت حكمها وهو الملك وان اتصل به القبض مشاعا ويكون مضمونا على الموهوب له اذا قبض وذكر عصام انها تفيد الملك و به اخذ بعض المشايخ (قوله لان الموهوب معدوم) لان الدقيق حادث بالطحن والدهن بالعصر ولهـذا لو فعله الغاصب كان

وعلى ذلك قيل الوجه الثانى غير متمش فى جميع الصور ولا يكون صحيحا وهو غلط لانه علة النوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يسـتلزم الاطراد فى كل شخص (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) أى لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة وقـوله (لما ذكرنا) اشارة الى ما ذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك لكن أعادها تمهيدا لقوله (فان قسمه وسلمه جاز لان تمامـه بالقبض وعنـده لا شيوع) و به تبين أن المانع من الشيوع ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسـلم حتى وهب له النصف الباقى وسلمها جملة جازت قال (ولو وهب دقيقا فى حنطـة الخ) بنى كلامه ههنا على أن المحل اذا كان معدوما حالة العقد لم ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما اذا كان مشاعا فانه بعد الافراز لا يحتاج الى التجديد وذلك واضح لصلاحيـة المشاع

للملك دون المعدوم وهذا انما يرشدك أن مراد المصنف بقوله لا تجوز هبة المشاع وقوله فالهبة فاسدة وقوله لان امتناع الجواز للاتصال هو عدم افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز لانه لو كان غير جائز لاحتاج الى تجديد العقد عند الافراز فى المشاع كما فى المعدوم

(قوله وفى الصرف لبقائه فى ملكه) أقول فيه بحث قال المصنف (ولو وهب من شريكه لا يجوز) أقول قال الرافعى فى شرح الوجيز الشائع يجوز هبته كما يجوز بيعه ولا فرق بين المنقسم وغـير المنقسم ولا بين أن يهب من الشريك أو غيره و به قال مالك وأحمد وعنـد أبى حنيفة لا تصح هبة المنقسم من غير الشريك وبالغ فقال لو وهب الشئ المنقسم من اثنين لم يصح أيضا اهـ. ففى قوله وعند أبى حنيفة الخ بحث لا يخفى

وانما جعل الرهن فى السمسم والدقيق والحنطة معدوما لانه ليس بموجود بالفعل وانما يحدث بالعصر والطحن ولا معتبر بكونه موجودا بالقوة لان عامة الممكنات كذلك ولا تسمى موجودة واذا كان العين فى يد الموهوب له لا يحتاج الى قبض جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض فاذا وجد القبض أمانة جاز أن ينوب عن قبض الهبة بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض فى البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة والاصل فى ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشئ وديعة فى يد شخص أو عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا أو ببيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده لان الاول أقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد

قال المصنف (وهبة اللبن فى الضرع) أقول قال صاحب التسهيل أقول فى البيوع ان النوى فى التمر لا يجوز بيعه وان أخرجه وسلمه الاان يجدد بيعا جديدا للشك فى وجوده واللبن فى الضرع كذلك فينبغى أن لا تصح هبته وان سلم كبيعه اه قال المولى الشهير بخضر شاه رحمه الله تعالى والفرق ظاهر اذ الوجود بالفعل كاف فى الهبة وان لم يتعين به بخلاف البيع لانه عقد معاوضة والهبة عقد تبرع ويشترط فى انعقاد البيع القدرة على التسليم دون الهبة والتقريب بعد هذا واضح (قوله لا يحتاج الى قبض) أقول كناية عن الملك (قوله لانتفاء المانع) أقول او وجود المقتضى وهو ظاهر لكن يبقى هنا بحث والاظهر أن يقال لوجود الشرط وهو القبض (قوله أو ببيع فاسد) أقول بلا اذن البائع فلا يرد أن المقبوض فى البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجىء بعد أسطر فكيف تصح هبته

بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن فى الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل فى الارض والتمر فى النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع قال (واذا كانت العين فى يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا) لان العين فى قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض فى البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة أما قبض الهبة فغير مضمون

ما تبرع به ولا يلزم التهكم لان المحذور فى الزامه ما لم يلتزمه فيما اذا عاد الى ما تبرع به لزوم المنافاة فان التبرع ضد اللزوم فهما لا يجتمعان فى محل واحد وفيما اذا لم يعد الى ما تبرع به لا تلزم المنافاة فان المهايأة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين فلم يصادف الالزام والتبرع اذ ذاك محلا واحدا فلا محذور فيه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان بين مراد المصنف على المنهج المزبور قال والجواب الصحيح أن يقال هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لما لم يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت وقولهم يؤدى ذلك الى الزام التهايؤ فنقول لا نسلم لان التهايؤ ليس بواجب لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه والاعارة لا تكون واجبة اه كلامه (أقول) لعل هذا الجواب ليس بصحيح لان التهايؤ يجب ويجرى فيه جبر القاضى اذا طلبه أحد الشركاء سيما فيما لا يقسم نص عليه فى عامة الكتب وسيأتى بيان ذلك فى فصل المهايأة من كتاب القسمة وما ذكره بقوله لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه الخ وجه القياس وقد صرحوا بان القياس يأباه ولكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة فقولهم فى هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يؤدى ذلك الى الزام التهايؤ مما لا يقبل المنع أصلا (قوله واذا كانت العين فى يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا الى قوله أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه) والاصل فى ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة

مملوكا له وهذا لان قبل الطحن هو حنطة والدقيق غير الحنطة وكون الشئ الواحد شيئين فى وقت واحد مستحيل فعرفنا انه اضاف العقد الى المعدوم فكان لغوا غاية ما فى الباب ان الدهن يحصل بالسمسم والعصر الا ان العصر آخرهما وجودا فيضاف الوجود اليه كزراعة الحنطة يضاف الى الزراع وان لم يكن بد من الحنطة والارض فان قيل الدهن لما لم يكن موجودا فى السمسم قبل العصر وجب ان يجوز بيع الدهن بالسمسم مطلقا ولا يشترط ان يكون الدهن الصافى اكثر مما فى السمسم قلنا حدوث الدهن يضاف الى العصر لانه آخر المذكورين الا انه لا بد لوجود الدهن من وجود السمسم لا محالة فثبت شبهة قيامه بالسمسم قبل العصر والشبهة كالحقيقة فى باب الربا ولكن لا تكفى لصحة الهبة (قوله لان امتناع الجواز للاتصال) أى لاتصال الموهوب بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع امكان الفصل وذلك يمنع القبض كالشائع (قوله واذا كانت العين فى يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا) والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الآخر واذا تغايرا ناب الاعلى عن الادنى ولا ينوب الادنى عن الاعلى بيانه هو ان الشئ اذا كان مغصوبا فى يده أو مقبوضا بالعقد الفاسد فباعه منه بيعا صحيحا جاز لا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبض اذ كل واحد منهما مضمون وكذلك اذا وهبه له أيضا لا يحتاج الى قبض آخر لكون ذلك القبض اعلى وهو كونه مضمونا وكذلك اذا كان الشئ وديعة فى يده أو عارية فوهبه مالكه من صاحب اليد فانه لا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبضين لان كلا القبضين امانة ولو كانت وديعة عنده او عارية فباعه

القبض أن ينتهى الى موضع فيه العين ويمضى وقت يتمكن فيه من قبضها (واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) والقبض فيه باعلام ما وهبه له وليس الاشهاد بشرط الا أن فيه احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته أو جحوده بعد ادراك الولد (لانه) أى لان الموهوب (فى قبض الاب فينوب عن قبض الهبة) ويد مودعه كيده (بخلاف ما اذا كان مرهونا أو مغصوبا

أو مبيعا بيعا فاسدا لانه فى يد غيره) يعنى فى الاولين (أو فى ملك غيره) يعنى فى الاخير (والصدقة فى هذا كالهبة وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو فى عيالها والاب ميت ولا وصى له) وقيد بقوله وهو فى عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الاب وعدم الوصى لان عند وجودهما ليس لها ولاية القبض (وكذا كل من يعوله) نحو الاخ والعم والاجنبى جاز له قبض الهبة لاجل اليتيم قيل أطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر فى الايضاح ومختصر الكرخى ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد أبو الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبى فى عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف فى ماله فقيام ولاية من يملك التصرف فى المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبى فى عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه فى الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق القبض للهبة لكونه من باب المنفعة وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر فى التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصى له فيكون ذلك فى المعطوف أيضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب فى أكثر الاحكام ووصيه كوصى الاب

(قوله قيل أطلق) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب فى أكثر الاحكام) أقول فانه مشهور وان الجد الصحيح

فينوب عنه قال (واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لانه فى قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان فى يده أو فى يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا أو مغصوبا أو مبيعا بيعا فاسدا لانه فى يد غيره أو فى ملك غيره والصدقة فى هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له أمه وهو فى عيالها والاب

الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشئ وديعة فى يد شخص أو عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا أو ببيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده لان الاول أقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان كذا فى العناية وغيرها (أقول) يرد على ظاهر قوله أو ببيع فاسد فوهبه اياه ان البيع الفاسد يفيد الملك للمشترى عند اتصال القبض كما مر فى باب البيع الفاسد من كتاب البيوع وأشار اليه المصنف فيما سيأتى بعد أسطر بقوله أو فى ملك غيره فى قوله لانه فى يد غيره أو فى ملك غيره على ما صرح به الشراح قاطبة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه اياه بعد قوله ببيع فاسد فالجواب أنه قد مر أيضا فى باب البيع الفاسد ان لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسخه قبل القبض وبعده رفعا للفساد فالمراد بقوله فوهبه اياه فى البيع الفاسد بعد أن فسخ العقد فحينئذ ينتقل الملك الى البائع فتصح هبته اياه بل لا يبعد أن تجعل نفس الهبة فسخا للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية أو ببيع فاسد بقوله بلا اذن البائع وقال فلا يرد أن المقبوض فى البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجىء بعد أسطر فكيف تصح هبته اه (أقول) لا يخفى على ذى فطنة أنه لا حاصل لما ذكره اذ لا يتصور

منه فانه يحتاج الى قبض جديد لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان وذكر أبو نصر فى شرحه انه اذا كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون لا ينوب عن القبض الواجب بالهبة ولا بد من قبض جديد وهو ان يرجع الى الموضع الذى فيه العين ويمضى وقت يتمكن فيه من قبضها الا ان العين وان كانت فى يده لكنها مضمونة بغيرها الا ان هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم تكن الهبة براءة واذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن له بد من تجديد القبض بخلاف المضمون بقيمتها أو مثلها حيث تصح البراءة عنه الا يرى انه لو ابرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز فصارت الهبة براءة من الضمان فيبقى قبض من غير ضمان فتصح الهبة به (قوله واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) ولا فرق بينهما اذا كان فى يدا وفى يد مودعه لان يد المودع يد المودع حكما فيمكن ان يجعل قابضا لولده باليد التى هى قائمة مقام يده فان قيل قد قلتم اذا وهب الوديعة من المودع جاز ولو كانت يده كيد المودع لم يكن قابضا لنفسه بحكم يده قلنا اليد للمودع فى الحقيقة فباعتبار هذه الحقيقة يجعل قابضا لنفسه ويده قامت مقام يد المودع ما دام هو فى الحفظ عاملا للمودع وذا قبل التمليك بالهبة فاما بعد ذلك فهو عامل لنفسه (قوله بخلاف ما اذا كان مرهونا أو مغصوبا الخ) يعنى اذا كان مال الاب مغصوبا أو كذا لم تتم الهبة بالعقد لانه فى يد غيره فى الرهن والغصب أو فى ملك غيره فى البيع الفاسد فان قيل ينبغى ان لا تتم الهبة اذا كانت فى يد مودعه لاشتراط الكمال فى القبض وكون هذا القبض حكميا وهو انقص من القبض حقيقة قلنا القبض حكما كاف لاتمام الهبة ولهذا يجوز بالتخلية بخلاف الشائع فان قبضه فى ضمن الكل والضمنى كان لم يكن (قوله والصدقة فى هذا مثل الهبة) أى

(وان وهب لصغير أجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك) الامر (الدائر بين الضر والنفع فالنفع المحض أولى بذلك) قال (واذا وهب لليتيم هبة الخ) اذا وهب لليتيم مال فالقبض الى من له التصرف فى ماله وهو وصى الاب أو جد اليتيم أو وصيه لان لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم فى حجر أمه أى فى كنفها وتربيتها فقبضها له جائز لما تقدم أن لها الولاية وكذا اذا كان فى حجر أجنبي يربيه لان له يدا معتبرة ألا ترى أن أجنبيا آخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما يمحض نفعا فى حقه لكن بشرط أن لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة وان قبض الصبى الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لانه نافع فى حقه وهو من أهله أى من أهل مباشرة ما يتضمن نفعا له فان قيل عقد الصبى اما أن يكون معتبرا أولا فان كان الثانى وجب أن لا يصح قبضه وان كان الاول وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود أهليته فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفى اعتبار الخلف توفيرها أيضا لانه ينفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جائزا نظرا له ولهذا لم يعتبر عقله فى المتردد بين النفع والضر سدا لباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر فى عواقب الامور فلابد من جبره برأى الولى واذا وهب للصغيرة هبة ولها زوج فاما ان زفت اليه أولا فان كان الاول جاز قبض زوجها لان الاب قد فوض أمورها اليه وهى حين زفها اليه صغيرة وأقامه مقام نفسه فى حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها وأطلق المصنف عن كونها يجامع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت ممن لا يجامع لا يصح قبض الزوج لها وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه يملكها وان حضر الاب فى الصحيح وهو احتراز عما ذكر فى الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من يعولها غيرها فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب أو بعد غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع الحضور وقوله فى الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الاب كما ذكرنا نفعا

ميت ولا وصى له وكذلك كل من يعوله (وان وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الاب) لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى أن يملك النافع قال (واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصى الاب أو جد اليتيم أو وصيه جاز) لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب (وان كان فى حجر أمه فقبضها له جائز) لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلابد من ولاية التحصيل (وكذا اذا كان فى حجر أجنبي يربيه) لان له عليه يدا معتبرة ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض

بيع فاسد بلا اذن البائع لان البيع مطلقا لا ينعقد الا بايجاب وقبول والايجاب هو الاذن من البائع لا يقال يحتمل أن يكون مراده بالبائع فى قوله بلا اذن البائع هو المالك فيجوز أن يبيع فضولى مال أحد بغير اذن مالكه بيعا فاسدا ويقبضه المشترى لانا نقول فان أذن له المالك فى ذلك يكون البيع باذن البائع أى المالك وان لم يأذن له فيه لا ينفذ البيع أصلا فتكون يد القابض يد الغصب أو يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر (قوله وكذلك كل من يعوله) أى قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي كذا فى الشروح قال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه بعد هذا البيان أطلق فى الكتاب جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر فى الايضاح ومختصر الكرخى ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد أبو الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبى فى عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف فى ماله فقيام ولاية من يملك التصرف فى المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبى فى عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه فى الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة اهـ وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بتمامه وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر فى التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصى له فيكون ذلك فى المعطوف أيضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد

فى حكم نيابة القبض عن قبض الصدقة كما اذا تصدق على فقير بشىء فى يده أو على ابنه الصغير (قوله وكذلك كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي) أى اذا وهب الصغير من يعوله شيئا فهو كما اذا وهب الاب لابنه الصغير فى حكم لقبض (قوله لان لهؤلاء ولاية عليه) وفى الايضاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة أراد بتلك الاربعة الاب ووصيه والجد أبا الاب بعد الاب ووصيه مع وجود واحد منهم سواء كان الصبى فى عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيا لانه ليست لهؤلاء ولاية التصرف فى المال فقيام ولاية من يملك التصرف فى المال يمنع ثبوت حق القبض له ثم قال وان لم يكن أحد من هؤلاء الاربعة جاز قبض من كان الصبى فى حق حجره وعياله ولم يجز قبض من لم يكن فى عياله لانه اذا كان فى عياله فله عليه ضرب ولاية ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه فى الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لانه من باب المنفعة (قوله وكذا اذا كان فى حجر أجنبي يربيه) أى يجوز للاجنبي الذى يربيه قبض الهبة له عند عدم هؤلاء الاربعة وفى المبسوط واذا ثبت ان

كالاب الا فى أربع مسائل (قوله وكذا اذا كان فى حجر أجنبي) أقول كاللقيط (قوله وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف) أقول لكنه معتبر ولهذا ينتقض بقبض الاب أيضا (قوله فالجواب أن عقله الى قوله ولهذا لم يعتبر عقله فى المتردد الخ) أقول يعنى لم يعتبر عقله فى التردد

قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان فى قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها فان كان الثانى فلا معتبر بقبض الزوج لها لان ذلك بحكم أنه يعولها وان له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف قال (واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز الخ) واذا وهب اثنان دارا من واحد جاز لانتفاء الشيوع لان الشيوع اما أن يكون بالتسليم أو القبض وهما سلماها جملة وهو قوله قد قبضها جملة فلا شيوع وان كانت بالعكس لا تجوز عند أبى حنيفة وقالا تجوز لان هذه هبة الجملة بينهما لاتحاد التمليك ولا شيوع فى هبة الجملة كما اذا رهن من رجلين بل أولى لان تأثير الشيوع فى الرهن أكثر منه فى الهبة حتى لا يجوز الرهن فى مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ثم انه لو رهن من رجلين جاز فالهبة أولى ولابى حنيفة ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التمليك ولان الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال الشيوع انما يؤثر اذا وجد فى الطرفين جميعا فاما اذا حصل فى أحدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع من جوازها شائعا ووجه ذلك أن يقال ان سلمنا أن الشيوع انما يؤثر اذا وجد فى الطرفين فهو موجود فى الطرفين وأما المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله وليس المانع منحصرا فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض به

نفعا فى حقه (وان قبض الصبى الهبة بنفسه جاز) معناه اذا كان عاقلا لانه نافع فى حقه وهو من أهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها بعد الزفاف لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال (واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز)

الصحيح مثل الاب فى أكثر الاحكام ووصيه كوصى الاب اهـ كلامه (أقول) ليس هذا بتوجيه صحيح اذ قد تقرر فى كتب العربية ان القيد اذا كان مقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وليس ذلك بقطعى ولكنه السابق الى الفهم فى الخطابيات وأما اذا كان مؤخرا عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به أيضا أصلا وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤخر فلا يدل على تقييد المعطوف به فى شىء فيضمحل ما توهمه صاحب العناية (قوله ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح) قال صاحب النهاية قوله

للاجنبي الذى يعوله ان يقبض هبة الغير له فكذلك اذا كان هو الواهب فاعلمها وأبانها فهو جائز وقبضه له قبض ويستوى ان كان الصبى يعقل أو لا يعقل ثم قال وفيه نوع اشكال لانه اذا كان يعقل فهو من أهل القبض بنفسه فلا حاجة الى اعتبار الخلف ههنا والجواب أنه يقبض لا باعتبار الولاية على نفسه والصغير تنفى ولايته عن نفسه ولكن لتوفير المنفعة عليه وفى اعتبار قبض من يعوله مع ذلك معنى توفير المنفعة ظاهر لانه ينفتح عليه بابان لتحصيل هذه المنفعة بخلاف الولد الكبير لانه يقبض هنالك بولايته على نفسه وولاية الغير خلف ولا يظهر عند ظهور الاصل (قوله وان قبض الصبى الهبة بنفسه جاز) معناه اذا كان عاقلا لانه نافع فى حقه وهو من أهله أى من أهل مباشرة ما يتمحض نفعا له وهذا الذى ذكره جواب الاستحسان وهو قولنا وأما جواب القياس وهو قول الشافعى رحمه الله لا يجوز قبض الصغير بنفسه لانه لا معتبر بفعله قبل البلوغ خصوصا فيما يمكن تحصيله له بغيره فان اعتبار عقله للضرورة وذلك فيما لا يمكن تحصيله له بغيره ولهذا لم يعتبر الشافعى عقله فى صحة اسلامه واعتبره فى وصيته واختياره أحد الابوين لان ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره (قوله يجوز قبض زوجها بعد الزفاف الخ) جواب عن أن يقال الولاية للاب عليها فلا يجوز قبض الزوج فاجاب بان الاب أقام الزوج مقام نفسه فى حفظها وحفظ مالها اذا زفت الى بيته وقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج فيه مقام الاب ولو قبض الاب أيضا صح لبقاء ولايته وان قبضت بنفسها جاز ولا يكون الزوج فى هذا بمنزلة ما لو سلم الاب ولده الصغير الى من يعوله لان من ذلك لا يثبت به الاستحقاق والزوج بحكم النكاح يثبت له عليها استحقاق اليد حتى صار أولى لها من أبيها (قوله بخلاف ما قبل الزفاف) لان اعتبار ذلك بحكم أنه يعولها وان له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف (قوله فى الصحيح) يتعلق بقوله حيث لا يملكونه

(قوله قال صاحب النهاية الى قوله ليست رواية أخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها) أقول قال الامام جلال الدين الخبازى من مشايخنا من سوى بين الزوج والاجنبي والام والجد والاخ فى أنه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير متى كان الصغير فى عيالهم وان كان الاب حاضرا كما فى الزوج ومنهم من فرق الى آخر ما ذكره فحينئذ فى قوله ليست رواية أخرى بحث (قوله وهذا الاستدلال من جانب الملك) أقول لو كان تقرير الدليل ما حرره الشارح انما قول المصنف فيكون التمليك كذلك والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك

لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلاشيوع (وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقالا يصح) لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد

في الصحيح متعلق بقوله و يملكه مع حضرة الاب أي و يملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في الايضاح بقوله وتأويل هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا وقال انما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظر لان شيخ الاسلام خواهرزاده قال في مبسوطه فمن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الاجنبي والاب والجد والاخ وقالوا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان في عيالهم وان كان الاب حاضرا كما في الزوج ومنهم من فرق وقال بان قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة اذا كانت في عياله حال حضرة الاب وحال غيبته وفي الاجنبي يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير وفيما ذكر من الاقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير في عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فظاهر منه أن في قوله بخلاف الام وكل من يعوله غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة قولا آخر يخالف القول المذكور فيصح أن يقع قوله في الصحيح احترازا عنه كما لا يخفى وأنا أتعجب من صاحب العناية أنه بعد أن رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسئلة مذكورا في غاية البيان مع تفصيلات أخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام ذلك الهمام كيف تبع رأي صاحب النهاية في جعل قول المصنف في الصحيح متعلقا بقوله و يملكه مع حضرة الاب مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى أما بعده من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعو اليه وأما بعده من حيث المعنى فلانه لو كان مراد المصنف بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الايضاح من أن قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا لقال و يملك مع حياة الاب بدل قوله يملك مع حضرة الاب لان الحضرة انما تقابل الغيبة دون عدم الحياة تامل تقف (قوله ولان الملك يثبت لكل واحد

وفي النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله و يملكه مع حضرة الاب أي يملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح وأنه بعيد وانما قال في الصحيح لان فيه خلافا في الخلاصة وذكر الصدر الشهيد رحمه الله أن قوله في الكتاب الام انما تملك قبض الهبة للصغير اذا لم يكن للصغير أب هذا ليس بامر لازم فانه ذكر في الاصل الاب اذا زوج ابنته الصغيرة من رجل فزوجها تملك قبض الهبة للصغيرة ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف و بعد البلوغ وذكر في فتاوى قاضيخان ولو كان الصغير في عيال الجد أو الاخ أو العم أو الام فوهب له هبة فقبض الهبة من كان الصغير في عياله والاب حاضر اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز والصحيح هو الجواز كما لو قبض الزوج وأب الصغيرة حاضر (قوله وقد قبضه جملة فلاشيوع) والمؤثر الشيوع عند القبض لا عند العقد حتى لو وهب الكل ثم سلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف ثم النصف وسلم الكل جاز والفقه فيه أن الشائع محل حكم الهبة وهو الملك والشائع يقبل الملك لكن الملك موقوف على القبض الكامل وذلك لا يتحقق في الشائع فظهر أثر الشيوع في حق القبض دون العقد فصح العقد فاذا زال الشيوع وورد القبض على غير الشيوع بقي على الصحة (قوله كما اذا رهن من رجلين بل أولى) لان تاثير الشيوع في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة أولى ولان الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعا فاما اذا حصل في أحد الطرفين فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمانا وأبو حنيفة رحمه الله يقول قبض كل واحد منهما الا في جزء شائع وذلك غير موجب للملك فيما يحتمل القسمة بحكم الهبة كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا

منهما

(قوله بخلاف الرهن) جواب عما استشهدا به ووجهه أن حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيأ من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الاصل وذلك لان رواية الجامع الصغير تدل على أن الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية الاصل تدل على أنه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال و وجه الفرق على رواية الجامع الصغير أن الصدقة يراد بها وجه الله وهو واحد لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص فلاشيوع فيها وأما الهبة فيراد بها وجه الغني والفرض انهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح وتاويل ما ذكر في الاصل الصدقة على غنيين فتكون مجازا للهبة و يجوز المجاز على ما ذكره في الكتاب ان كل واحد منهما تمليك بغير بدل

منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس و يثبت لكل واحد منهما كملا اذ لا تضايف فيه فلاشيوع ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيأ من الرهن (وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين أيضا) جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد منهما تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى بينهما فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض. ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي

منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع) قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير متميز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك انتهى وورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان تقرير الدليل ما حرره الشارح لغا قول المصنف فيكون التمليك كذلك وقال والظاهر من مساق المصنف ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك انتهى (أقول) كأنه فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من جانب الملك أن مراده أن هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط فأورد عليه أنه لغا حينئذ قول المصنف فيكون التمليك كذلك وليس كذلك بل مراده أن مبدأ هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه من الابتدائية في قوله من جانب الملك وهذا لا ينافي أن يتفرع عليه كون التمليك أيضا كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل ثم ان قوله والظاهر من مساق المصنف ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب (قوله ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي

لان تاثير الشيوع باعتبار ان القبض لا يتم معه وذلك موجود هنا فكل واحد منهما لا يقبض الا نصيبه ولا يتم قبضه مع الشيوع لان القبض في المشاع لا يتحقق على سبيل الكمال فان قيل هلا علقتم الملك بالتسليم ولا شيوع فيه دون القبض فان الملك انما تعلق بالقبض لنفي الضمان على المتبرع فوجب أن يعتبر جانبه وهو التسليم لا جانب القبض قلنا التسليم انما يعتبر اذا حصل به التمكين من القبض على سبيل الكمال لانه طريق للقبض فاذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال لم يعتبر التسليم (قوله وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع) أي على اعتبار الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف (قوله وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم) يعني لم يجوز الهبة من اثنين وجوز الصدقة منهما (قوله وفي الاصل سوى) ذكر في الاصل عقيب مسئلة الهبة وكذلك الصدقة وهذا يدل على ان التصدق على اثنين فيما يحتمل القسمة باطل عند

قال (ولو وهب لرجلين دارا الخ) اعلم أن التفصيل في الهبة اما أن يكون ابتداء أو بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت لك ثلثه لآخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب وان كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقا أي سواء كان متفاضلا أو متساويا مر على أصله و جاز عند محمد مطلقا مر على أصله وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن أبي

(قوله فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت لك ثلثه لآخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب) أقول قوله لشخص متعلق بقوله كقوله وقوله لآخر متعلق أيضا له والمعنى كقوله لشخص وهبت لك ثلثيه وقوله لشخص آخر وهبت لك ثلثه وقوله التفصيل بالصاد المهملة وقوله بالتفضيل بالضاد المعجمة وقوله أو بالتساوي معطوف على قوله بالتفضيل والضمير في قوله ولم يذكره راجع الى الاول في قوله فان كان الاول لم يجز بلا خلاف

يوسف فيه روايتان هذا الذى يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما أنه لم يجز بلا خلاف وليس بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائيا والفرق لابى يوسف ماذكره فى الكتاب أن بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك فى البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفضيل وعلى صورته بالتساوى على رواية الجواز وأما رواية عدم الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد فليست بمحتاجة الى دليل و بهذا التوجيه يظهر خلل ماقيل ان فى قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك فى البعض نوع اخلال حيث لايعلم بماذكر موضع خلافه من الابعاض ومالیس فيه خلاف من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما فى قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز وانما لايجوز عنده التنصيص على الابعاض بالتنصيف اذا لم يتقدمه الاجمال وذلك لانه يستدل على ماذل فيه عن أصله والمذكور فى الكتاب يدل عليه وأما صورة الجواز فليست بمحتاجة الى الدليل لجريانها على أصله ووضع دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع فى الهبة بالتنصيص على الابعاض فى الرهن فقال ولهذا لايجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض خلا أنه يستوى فيه المساواة والمفاضلة بناء على أصل يصح أن يكون مبنى الجواز وعدمه فى الهبة أيضا وهو أن التفصيل اذا لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا كما فى التنصيف فى الهبة لان موجب العقد عند الاجمال ثبوت الملك لكل واحد منهما النصف ولم يزد التفصيل على ذلك شيأ فكان لغوا واذا خالفه كما فى التثليث كان معتبرا و يفيد تفريق العقد فكأنه أوجب لكل واحد منهما العقد فى جزء شائع حملا لكلام العاقل على الافادة وكما فى الرهن فان حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما فى الكل وعند التفصيل لايثبت

حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان فابو حنيفة مر على أصله وكذا محمد والفرق لابى يوسف أن بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك فى البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لايجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض

حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) اعلم أن التفصيل فى الهبة اما أن يكون ابتداء من غير سابقة الاجمال أو يكون بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كالثلث والثلثين أو بالتساوى كالتنصيف وان كان الثانى لم يجز عند أبي حنيفة مطلقا أى سواء كان متفاضلا أو متساويا وجاز عند محمد مطلقا وفرق أبو يوسف بين المفاضلة والمساواة ففى المفاضلة لم يجوز وفى المساواة جوز فى رواية وقد أشار اليه المصنف بقوله عن أبي يوسف فيه روايتان ثم ان صاحب النهاية جعل قول المصنف ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا حيث قال ولو فصل ابتدائيا بالتنصيف من غير سابقة الاجمال بان قال لاحدهما وهبت لك هذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف هكذا ذكر فى عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما وذكر فى الكتاب عن أبي يوسف فيه روايتان انتهى كلامه وقال صاحب العناية بعد ذكر ماذهب اليه صاحب النهاية ههنا وليس هذا بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائيا انتهى (أقول) يرشد الى ماقاله صاحب العناية أن المصنف قال ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها ولم يقل ولو وهب لاحدهما نصفها وللآخر نصفها اذ لو كان مراده العطف على أول المسئلة الاولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب أن يقول ولو وهب بدل ولو قال كما فى سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم أن مراده العطف على مافى آخر المسئلة الاولى من التفصيل الواقع بعد الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الاجمال فى الاولى بطريق المفاضلة وفى الاخرى بطريق المساواة

أبى حنيفة رحمه الله كالهبة لتوقفهما على القبض فوجب أن يستويا فى هذا أيضا اذ المفسد واحد وهو الشيوع وفرق بينهما فى الجامع الصغير ووجه الفرق مذكور فى المتن وفيه وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور فى الاصل الصدقة على غنيين (قوله ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه) فى الايضاح روى عن أبي يوسف رحمه الله اذا قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها وللآخر نصفها فهو جائز لان هذا يصلح أن يكون تفسيرا للحكم الواقع بالهبة فجعل مجازا عنه فلم يعتبر ذلك شيوعا فى العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز لانه يظهر الشيوع ههنا فى نفس العقد وثمة فى حكم العقد ثم فرق أبو يوسف رحمه الله فى احدى الروايتين بينهما اذا نص على الابعاض متساويا أو متفاضلا والفرق ان حالة التفصيل متى كانت

*(باب

(قوله وليس بظاهر) أقول أى ماذكره صاحب النهاية (قوله لان المصنف عطف) أقول ظاهر القربه (قوله على التفصيل بعد الاجمال) أقول فان قيل ممنوع وما المانع عن العطف على قوله ولو وهب الخ قلنا اتحاد التعليل أى تعليل المفاضلة والمساواة فتأمل (قوله وعلى صورته بالتساوى) أقول الباء متعلق بالضمير فى قوله صورته (قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ماقيل الخ) أقول القائل صاحب النهاية (قوله وذلك لانه يستدل) أقول هذا ناظر الى قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ماقيل الخ (قوله خلا أنه يستوى فيه المساواة) أقول يعنى يستوى فى الرهن المساواة الخ

(باب الرجوع فى الهبة) قدذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب لبيانه (واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبنى الاعمام والاخوال ومن كان محرما ليس بذى رحم كالاخ الرضاعى وخرج بالتذكير فى قوله وهب وأجنبي الزوجان ولابد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها اليه والثانى ولم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك فى أثناء كلامه (وقال الشافعى لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب فى هبته الا الوالد فيما يهب لولده) رواه ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم (ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضى ما يضاده) (قوله بخلاف هبة الوالد لولده) جواب عما يقال فهذه العلة موجودة فى هبة الوالد للولد وتقريره أنا لانسلم ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزأ له (قوله على أصله) أى على الشافعى فان من أصله

(باب الرجوع فى الهبة)

قال (واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) وقال الشافعى لا رجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب فى هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضى ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزأ له

انتهى كلامه

(باب الرجوع فى الهبة)

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ملكا غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج الى بيان مواضع الرجوع وموانعه وهذا بابه (قوله واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) قال صاحب النهاية هذا اللفظ يحتاج الى القيود أى اذا وهب هبة لاجنبي أو لذى رحم ليس بمحرم أو لذى محرم ليس برحم وسلمها اليه ولم يقترن بها ما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها اما بالقضاء أو بالرضا من غير استحباب بل هو مكروه وبين كون هذه القيود محتاجا اليها بما لامزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبنى الاعمام والاخوال ومن كان محرما ليس بذى رحم كالاخ الرضاعى وخرج بالتذكير فى قوله وهب وأجنبي الزوجان ولابد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها اليه والثانى ولم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك فى أثناء كلامه انتهى (أقول) فى قوله وخرج بالتذكير فى قوله وهب وأجنبي الزوجان خلل فاحش اذ لو قصد بالتذكير فى قوله وهب وأجنبي اخراج المؤنث لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين المرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة وانما بقى منها الهبة التى كانت بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب ان التذكير الواقع فى هذه المسئلة ليس لاخراج المؤنث وانما هو للجرى على ما هو المتعارف فى أمثالها من تغليب الذكور على الاناث كما فى خطابات الشرع على ماتقرر فى علم الاصول وان الزوجين انما يخرجان من هذه المسئلة بثانى القيدين اللذين اعترف الشارح المزبور أيضا بانه لابد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكر وذلك ان لم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة اذ لاشك ان الزوجية من جملة تلك الموانع * ثم أقول للمانع أن يمنع انفهام القيد الاول من ذينك القيدين فى أثناء كلام القدورى فى مختصره والعهدة فى هذه

لا تخالف حالة الاجمال فالتفصيل لغو ومتى كانت تخالف حالة الاجمال فلابد من اعتبار التفصيل لان كلام العاقل لفائدته لا للعبث فاذا لم يكن مفيدا لايعتبر فاذا نصف بينهما فالتفصيل لايخالف الاجمال لان موجب العقد عند الاجمال هو التنصيف فلا يعتبر تفصيله واذا تفاوت بينهما فالتفصيل يخالف الاجمال فلابد من اعتباره واذا اعتبر يتفرق العقد و يظهر الشيوع فى كلا العقدين وهذا بخلاف الرهن لان حالة التفصيل ثمة تخالف حالة الاجمال فى الوجهين لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما فى الكل وعند التفصيل لايثبت سواء كان التفصيل متساويا أو متفاضلا

(باب الرجوع فى الهبة)

(قوله قال واذا وهب هبة لاجنبي) احترز بالاجنبي عن القريب المحرم وجعل القريب غير المحرم فى حكم الاجنبي (قوله فله الرجوع فيها) أى بالتراضى أو بقضاء القاضى اذا لم يقترن بها ما يمنع الرجوع وذكر الاحكام بعده أغنى عن ذكر القيود (قوله بخلاف هبة الوالد لولده على أصله) فان من أصل الشافعى ان

(باب الرجوع فى الهبة) (قوله وهذا الباب لبيانه) أقول فيه بحث (قوله ذا رحم محرم) أقول جرى على الجوار (قوله وخرج بالتذكير فى قوله وهب وأجنبي الزوجان) أقول فيه أنه لو صح ماذكره لخرج المرأتان وكل رجل وامرأة يهب أحدهما الآخر بل الوجه احالة خروجه الى القيد الثانى الذى لابد منه فان النساء يدخلن فى أمثال تلك المسئلة بالتبعية على ماعلم (قوله أحدهما وسلمها اليه) أقول لابد من هذا القيد والا لا يكون رجوعا بل امتناعا ولاخلاف فى جوازه (قوله والثانى ولم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة) أقول فيه شئ (قوله والعقد لا يقتضى ما يضاده) أقول من الذى ادعى الاقتضاء (قوله أى على الشافعى) أقول الظاهر أن يقال على أصل الشافعى (قوله فان من أصله الخ) أقول بل الظاهر أن المراد أصله فى تجويز الرجوع

ولناقوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أى مالم يعوض

المسئلة على القدورى لانها من مسائل مختصره فتأمل (قوله ولناقوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أى مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد منه ماقبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه أطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها وهذا يقتضى أن يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله كذا فى النهاية والكفاية وهكذا ذكر فى العناية أيضا الا الوجه الاول من الوجوه الثلاثة المذكورة فى الجواب وقد أشار فى الكافى أيضا الى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال ولناقوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أى لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول أكلنا خبز فلان الخباز وان كان اشتراه منه ولانه أثبت للواهب حقا أغلب من حق الموهوب له ولا يجتمع الحقان وحق الواهب أغلب لا بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولانه مد هذا الحق الى وصول العوض اليه وذا فى حق الرجوع بعد التسليم انتهى (أقول) فى الوجه الاول والثانى من تلك الوجوه بحث أما فى الاول فلان عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فان القبض ليس من أركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة ولئن سلم عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز اطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار ما يؤول اليه كما فى نحو أرانى أعصر خمرا وقد جوزت اضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له وهذا ليس بابعد من ذلك وأما فى الثانى فلانه قد تقرر فى علم العربية أنه يجوز استعمال أفعل مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل أو الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والاضافة ومن ومنه قوله تعالى وهو أهون عليه اذ ليس شئ أهون على الله تعالى من شئ فلفظ أحق فى هذا الحديث المذكور عار عن الامور الثلاثة المزبورة فلم لا يجوز أن يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهبته مالم يثب منها فلا يقتضى أن يكون لغيره فيها حق نعم الظاهر الشائع أن تكون صيغة أفعل مستعملة فى معنى التفضيل لكن المعترض مانع مستند باحتمال أن لا يكون معنى التفضيل مقصودا فى الحديث المذكور والذى استدلوا به على جواز الرجوع فى الهبة بعد القبض ولا يخفى ان الاحتمال كاف فى مقام المنع قادح فى مقام الاستدلال على ان لقائل أن يقول لو كان معنى التفضيل مقصودا فى الحديث المذكور فصار المراد أن يثبت للواهب فى هبته حق أغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكروها ولما قال النبى عليه الصلاة والسلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه لان الرجوع حينئذ يصير فى حكم تفضيل الفاضل وترجيح الغالب فالوجه تجريد أحق فى الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للمقامين وتوفيقا للكلامين فتامل ثم ان بعض الفضلاء قدح فى الوجه الثالث أيضا من تلك الوجوه حيث قال هذا يجر الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح يعنى صاحب العناية (أقول) صرح المحقق التفتازانى فى التلويح فى باب المعارضة

للاب فى مال الابن حق الملك وعن هذا لم يجوز للاب أن يتزوج أمة ابنه لان له فيها حق الملك لقوله عليه السلام ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه وقوله عليه السلام أنت ومالك لابيك وهذا بظاهره يوجب حقيقة الملك فى مال ابنه ثم هو وان لم يثبت الحقيقة فلا أقل من أن يثبت الحق فلا يجوز له أن يتزوج أمته لذلك كما لا يجوز للمولى أن يتزوج أمة مكاتبه (قوله ولناقوله عليه السلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها) ولا يقال ان المراد منه ماقبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه أطلق اسم الهبة على الكمال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه السلام جعله أحق بها وهذا يقتضى أن يكون غيره له فيه حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة اذ هو

أن للاب حق الملك فى مال ابنه لانه جزؤه أو كسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه (ولناقوله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أى مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لان ذلك لا يصح لان قوله أحق يدل على أن لغيره فيها حقا ولا حق لغيره قبل التسليم ولانه لو كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله

(قوله ولناقوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته) أقول ولك أن تتأمل فى أحقية الواهب بعد التسليم فان الثابت للموهوب له حقيقة الملك وللواهب حق التمليك بالقضاء أو الرضا فكيف يكون الثانى أحق من الاول الا أن يقال الاحقية باعتبار أن للواهب حق التمليك بالملك اللازم (قوله ولا حق لغيره قبل التسليم) أقول فيه بحث لان للموهوب له حق القبض للتملك فى المجلس عندنا على مامر (قوله ولانه لو كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة الخ) أقول هذا يجر الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح

ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفى استبداد الرجوع واثباته للوالد لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله فى الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا الاستقباحه

والترجيح بان مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور (قوله ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة) لان العادة الظاهرة أن الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه اه وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان أعم اه وقد سبقه الى هذا الدخل الشارح العينى حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس له الرجوع الا فى الثالث ومع هذا له الرجوع فى الكل مالم يعوض اه (أقول) يمكن توجيه ماذكر فى العناية بان المراد بالتعويض فى قوله والى من يساويه ليعوضه هو التعويض المالى وبالتعويض فى قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال فالمخصوص بالمتساويين هو التعويض المالى وأما التعويض المطلق فيوجد فى الاعلى والادنى والمساوى والتعليل المذكور يشمل الصور الثلاث فلا يضره كون المدعى أعم فانه يدل على جواز الرجوع فى الكل مالم يعوض تأمل تفهم واعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد فى ذلك التقرير بل سبقه اليه صاحب النهاية وغيره فقال فى النهاية توضيحه أن مقصوده من الهبة للاجانب العوض والمكافأة لان الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه ومنه يقال الايادى قروض اه * ثم ان صاحب التسهيل اعترض على أصل هذا الدليل حيث قال أقول على هذا التعليل لو قيد بنفى العوض ينبغى أن يمتنع الرجوع لانه ظهر أن العوض ليس بمقصود ولكن قوله عليه الصلاة والسلام مالم يعوض يدل على جواز الرجوع وان قيد بنفى العوض اه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بانا لا نسلم ظهور أن العوض ليس بمقصود عند التقييد بنفى العوض فان التعويض من الموهوب له ليس بايجاب الواهب اياه والغائه بل بحسب مروءة الموهوب له وجرى العادة على التعويض وبنفى الواهب التعويض لا يفوت ذلك بل ربما يكون نفيه اياه سببا لوجدان مروءة الموهوب له ويجوز أن يقصد ذلك الواهب بنفيه اياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور علة نوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد فى كل صورة كما قالوا مثل هذا فى الوجه الثانى من وجهى عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر (قوله لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا) أى باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا فى الحكم كذا فى الكافى وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء اضرابا عن قوله وان لم يكن رجوعا فى الحكم (أقول) ليس هذا بصحيح لان المراد بتملك الوالد ههنا تملكه بطريق الانفاق على نفسه لا بطريق الشراء لان الشراء مما لا مساس له بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعا ولان قولهم للحاجة يعين الاول لعدم الاحتياج الى الحاجة فى تملكه بالشراء على أنهم صرحوا بالاول حيث قال فى البدائع فانه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضى اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه اه وقال فى الكفاية من شروح هذا الكتاب فانه يستقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للانفاق على نفسه اه الى غير ذلك من المعتبرات (قوله وقوله فى الكتاب فله أن يرجع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا لاستقباحه) قال الشارح العينى قيل قد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون فى جوازه

أحق وان شرط العوض قبله (قوله والمراد بما روى نفى استبداد الرجوع) يعنى الواهب لا يستبد بالرجوع فى هبته بل لا بد من القضاء أو الرضا الا الوالد فانه يستبد بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للانفاق على نفسه وذلك قد يسمى رجوعا فى الهبة مجازا كما روى أن عمر رضى الله عنه حمل واحدا على فرس فى سبيل الله ثم رأى ذلك الفرس يباع فاراد أن يشتريه فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وقال

(ولان المقصود فى الهبة هو التعويض للعادة) لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا (فتثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفى استبداد الرجوع) يعنى لا يستبد الواهب بالرجوع فى الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء أو رضا الا الوالد فان له ذلك اذا احتاج اليه لحاجته وسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا فى الحكم (وقوله فى الكتاب) أى القدورى (فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا لاستقباحه)

(قوله لان العادة الظاهرة أن الإنسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه الخ) أقول المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان أعم (قوله وان لم يكن رجوعا فى الحكم) أقول بل شراء (قوله وهذا الاستقباحه لا لتحريمه) أقول فيه بحث

لا التحريم بدليل قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث آخر العائد فى هبته كالكلب يقئ ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب فى قيئه وفعله لا يوصف
بالحرمة (ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) يعنى القدورى وقد جمعها القائل فى قوله موانع الرجوع فى فصل الهبه * ياصاحبى حروف دمع
خزقه فالدال الزيادة والميم موت الواهب أو الموهوب له والعين العوض والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له والزاى الزوجية والقاف القرابة
والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف (فقال الأأن يعوضه عنها لحصول المقصود أو تزيد زيادة متصلة) ولا بد من قيد

ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال (الأأن يعوضه عنها) لحصول المقصود (أو تزيد زيادة متصلة) لانه لا
وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد

الرضا أو القضاء فاذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا اشكال وأما اذا كان بالقضاء فكيف يسوغ
للقاضى الاعانة على مثل هذه المعصية وكيف تكون اعانته على المعصية التى هى معصية أخرى منتجة للجواز
واذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لان قضاء القاضى لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال وانما
قضاء القاضى اعانة لصاحب الحق على وصوله الى حقه فاذا كان الرجوع فى الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء
حلالا وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن فى أصل الرجوع فى الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضى الاقدام على
أمر واه مكروه اه كلامه (أقول) هذا الاشكال انما نشأ من عدم الوقوف على ان محل القضاء فيما
نحن فيه ماذا فان الذى كان مكروها انما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز الرجوع عنها والذى يكون
محلا للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع فان القاضى لا يقول للواهب فى حكمه له
عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه وليس فى
قضائه هذا اعانة على أمر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعى على أصل أئمتنا وهو جواز الرجوع عن الهبة مع
كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بطوع نفسه لا باعانة القاضى عليه
وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه يلزمه القاضى دفعها اليه وليس فيه أيضا لزام المكروه
لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع عن
الرجوع وان كان نفس الرجوع مكروها ثم ان القاضى لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل
الضعيف قويا والمختلف فيه متفقا عليه بتعلق حكمه بذلك كما تقرر فى موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشئا
من اختلاف العلماء فى مسئلة لا يمنع القاضى عن الاقدام على الحكم به لا سيما اذا وافق مذهبه وما نحن فيه
من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بحذافيره هكذا ينبغى أن يفهم هذا المقام (قوله أو تزيد
زيادة متصلة) قال صاحب العناية ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة فى قيمة الموهوب اه
(أقول) بل من ذلك القيد الآخر بد بقوله أو تزيد زيادة متصلة لان ما لا يورث زيادة فى قيمة الموهوب نقصان
فى الحقيقة وان كان فى صورة الزيادة كما صرحوا به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد وأما
اشتراط كونها مؤثرة فى زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا فى

لا تعد فى هبتك مع أن الشراء لا يكون رجوعا حقيقة أو المراد لا يحل الرجوع ديانة ومروءة لقوله عليه
السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره الى جنبه طاو اى لا يليق ذلك فى الديانة
والمروءة وان كان جائزا فى الحكم اذ لم يكن عليه حق واجب وهكذا نقول لا يليق بالمروءة الرجوع ويكره
ألا ترى الى قوله عليه السلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا التشبيه فى معنى الاستقباح والاستقذار لا
فى حرمة الرجوع كما زعم الشافعى ألا ترى أنه قال فى رواية كالكلب يقئ ثم يعود فى قيئه وفعل الكلب يوصف
بالقبح لا بالحرمة وبه نقول انه مستقبح (قوله ثم للرجوع موانع) هى سبعة أحدها قبض العوض وثانيها
الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن ولو كانت الزيادة منفصلة بان كانت الهبة أمة فولدت عند الموهوب

آخر وهو أن يقال تورث زيادة فى قيمة الموهوب أما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع وأما اشتراط الاتصال فلان المنفصلة لا تمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة (لانه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد) وأما اشتراط كونها مؤثرة فى زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا فى المعنى كالاصبع الزائدة مثلا وطولب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع فى الهبة فى أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع فى الهبة والمتصلة بالعكس وأجيب بان الرد فى المنفصلة اما أن يرد على الاصل والزيادة جميعا أو على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثانى لان الولد بعد الانفصال

لا يتبع الام لا محالة ولا الى الثانى لانه تبقى الزيادة فى يد المشترى مجانا قال
وهو ربا بخلاف الرجوع فى الهبة فان الزيادة لو بقيت فى يد الموهوب له مجانا لم تفض الى الربا وأما فى المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت
على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع فى الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت

(قوله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث آخر) أقول الاظهر فى رواية أخرى

قال (أو يموت أحد المتعاقدين) لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل فى حال حياته
واذا مات الواهب فوارثه أجنبى عن العقد اذ هو ما أوجبه قال (أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له) لانه حصل
بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه قال (فان وهب لآخر أرضا بيضاء فانبت فى ناحية منها نخلا أو
بنى بيتا أو دكانا أو آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع فى شئ منها) لان هذه زيادة متصلة وقوله
وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة أصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد

المعنى كالاصبع الزائدة مثلا اه والظاهر أن الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج الى قيد زائد ولقد
أحسن صاحب النهاية فى البيان ههنا حيث قال ثم اعلم أن المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة فى نفس
الموهوب بشئ يورث زيادة فى قيمة الموهوب كالسمن والجمال أما لو زاد الموهوب فى نفسه لكن لا تورث
تلك الزيادة زيادة فى قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فانه قد يكون الشئ زيادة صورة نقصانا
معنى كالاصبع الزائدة وما أشبه ذلك وقال هكذا كله فى الذخيرة * ثم أقول بقى ههنا شئ وهو انهم صرحوا
بان الزيادة الصورية التى لا تورث زيادة فى القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالاصبع الزائدة لا تمنع
الرجوع مع أن الدليل الذى ذكر والمنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو انه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة
لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه فى تلك الصورة أيضا فليتأمل فى التوجيه
(قوله فان وهب لآخر أرضا بيضاء فانبت فى ناحية منها نخلا) قال صاحب العناية هذا نوع من الزيادة المتصلة
فكان حقها التقديم اه أقول وجه التاخير أن المصنف كره أن يفصل بين الالفاظ المذكورة بطريق
الاستثناء فى مسئلة مختصر القدورى بذكر مسئلة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهى هذه المسئلة فان
المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغى أن يذكر بينهما كلام آخر مستقل بنفسه وقال بعض الفضلاء
فى الاعتذار عنه الا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتاخير التعويض لما فيه من
كثرة التفصيل اه (أقول) ليس هذا بشئ لان المصنف لو قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب لما
ذكر القرابة المحرمية والزوجية من أصول الموانع بين التفريعات بقوله وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا

له من زوج أو نحو رفللواهب أن يرجع فيها دون الولد لان الرجوع فى الاصل دون الزيادة ممكن وان كانت
الزيادة من سعر فله أن يرجع لان زيادة السعر ليست بزيادة فى عين الموهوب وانما هى زيادة رغبة الناس
فيه والعين بحالها كما كانت فلا يمنع الرجوع وثالثها موت أحد المتعاقدين ورابعها خروج الهبة عن ملك
الموهوب له وخامسها المحرمية بالرحم وسادسها الزوجية وقت الهبة حتى لو وهب لامرأة ثم نكحها له أن
يرجع فيها ولو وهب لامرأته هبة ثم أبانها فليس له أن يرجع فيها وسابعها هلاك الموهوب له ويجمع
الكل دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت أحدهما والعين العوض والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والزاى
الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب (قوله فان وهب لآخر أرضا بيضاء) الزيادة فى الارض قد لا
تعد زيادة وقد تكون زيادة فى الكل بان ازدادت بها قيمة الكل وقد تعد زيادة فى قطعة منها كما اذا بنى دكانا
بعد ذلك زيادة فى الدار لان الزيادة فى جانب الدار يوجب زيادة فى كل الدار فانه يزداد بها قيمة كل الدار وكما اذا
كان فى احدى عينى الجارية بياض فزال البياض فالزيادة فى عينها تكون زيادة فى كل الجارية وان كانت
فى موضع خاص كذا هذا الآرى المعلف عند العامة وهو مراد الفقهاء وعند العرب الآرى الاخية وهى
عروة حبل يشد فيها الدابة فى محبسها فاعول من تأرى بالمكان اذا أقام فيه كذا فى المغرب (قوله فليس له
أن يرجع فى شئ منها) فان ترافعا الامر الى القاضى لم يقض لمكان الزيادة ثم ان الموهوب له ان هدم الزيادة
وقلع الشجر وعادت كما كان للواهب أن يرجع لزوال المانع بخلاف ما لو اشترى عبدا على أنه بالخيار ثلاثة
أيام فحم العبد فى الايام الثلاثة فخاصمه فى الرد وأبطل القاضى حق المشترى لمكان الحمى ثم زال الحمى قبل مضى
ثلاثة أيام ليس له أن يرد والفرق أن حق الواهب فى الرجوع لا يحتمل السقوط حتى لو قال أسقطت

مانعة (واذا مات أحد المتعاقدين بطل الرجوع أيضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل فى حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبى عن العقد اذ هو ما أوجبه وكذلك اذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه) وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين وفى تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا فى تبدل السبب قال (فان وهب لآخر أرضا بيضاء الخ) هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآرى هو المعلف عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الآرى الاخية وهى عروة حبل تشد اليها الدابة فى محبسها فاعول من تأرى بالمكان اذا أقام فيه وقيد بقوله (وكان ذلك زيادة فيها) والواو للحال لان ما لا يكون كذلك

(قوله هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم) أقول الا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتاخير التعويض لما فيه

أو كان ولكن لعظم المكان يعد زيادة فى قطعة منها لا يمنع الرجوع فى غيرها وكلامه واضح وقوله (واذا قال الموهوب له للواهب) بيان الالفاظ التى تستعمل فى العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع وأما اذا وهب من الواهب شيأ ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته فلكل واحد منهما أن يرجع فى هبته وليس من شرط العوض أن يساوى الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيه الربا ولا أن ينحصر العوض عن الموهوب له بل لو عوضه عنه أجنبى متبرعا صح

(واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبى كبدل الخلع والصلح) لكنه يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب مثل أن يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها أو الموهوب ألفا والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافا لزفر فانه قال التحق ذلك بسائر أمواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا بهذا والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر أمواله فلم يلتحق به فان قيل هل فى قوله متبرعا فائدة أو ذكره اتفاقا أجيب بانه من اثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المامور بذلك من الموهوب له أولى أن يبطل لان الموهوب له يؤدى الى

ذلك زيادة فى قطعة منها فلا يمتنع الرجوع فى غيرها قال (فان باع نصفها غير مقسوم رجع فى الباقى) لان الامتناع بقدر المانع (وان لم يبع شيأ منها له أن يرجع فى نصفها) لان له أن يرجع فى كلها فكذا فى نصفها بالطريق الاولى قال (وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها ولان المقصود فيها) صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لان المقصود فيها الصلة كما فى القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع قال (واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدلا عنها أو فى مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدى معنى واحدا (وان عوضه أجنبى عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبى كبدل الخلع والصلح

رجوع فيها او بقوله وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر تبصر تقف (قوله فان باع نصفها غير مقسوم رجع فى الباقى) أقول قيد النصف فى الكتاب بكونه غير مقسوم والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع فى عامة المعتبرات

أو أبطلت لا يسقط فلا يسقط بسبب الزيادة الا أنه امتنع لمانع فاذا زال فله الرجوع فاما حق المشترى فيحتمل السقوط بقوله أسقطت فكذا باسقاط القاضى كذا ذكره الخبازى رحمه الله وذكر صاحب النهاية فيه رجل وهب لرجل وصيفا فثبت عند الموهوب له وكبر وطال ثم صار شيخا فاراد الواهب أن يرجع فيه وقيمته الساعة أقل من قيمته حين وهبه فليس له أن يرجع فيه لانه زاد من وجه وانتقص من وجه وحين زاد سقط حق الرجوع فلا يعود بعد ذلك (قوله واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك) وصورة التعويض أن يذكر لفظا يعلم الواهب أنه عوض هبته بان يقول الموهوب له هذا عوض هبتك أو جزاء هبتك أو ثواب هبتك أو بدل هبتك أما اذا وهب من الواهب شيأ ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته كان لكل واحد منهما أن يرجع فى هبته وفى المبسوط سواء كان العوض شيأ قليلا أو كثيرا من جنس الهبة أو من غير جنسها لان هذه ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيه الربا وانما تأثير العوض فى قطع الحق فى الرجوع لتحصيل المقصود ولا فرق فى ذلك بين القليل والكثير اذا بينه للواهب ورضى به الواهب ويشترط شرائط الهبة فى العوض من القبض والافراز لانه تبرع وينبغى أن يكون من غير الموهوب أما اذا عوض شيأ من الموهوب بعوض الموهوب لا يجوز وفى المبسوط وان كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضا وكان للواهب أن يرجع فى الهبة وكذلك ان كانت الهبة دارا والعوض بيت منها وعن زفر ان هذا يكون عوضا لان ملك الموهوب له تم فى الموهوب بالقبض فالتحق المقبوض بسائر أمواله وكما يصلح سائر أمواله عوضا عن الهبة قل ذلك أو كثر فكذلك هذا وجه قولنا ان مقصود الواهب بهذا لا يحصل لانا نعلم يقينا أنه بهبته ألف درهم له ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم لنفسه لان ذاك كان سالماله (قوله وان عوضه أجنبى عن الموهوب له متبرعا فقبض) بين الحكم فى التبرع ليثبت الحكم فيما اذا عوضه بامر الموهوب له بالطريق الاولى لان ذلك بمنزلة تعويض الموهوب له بنفسه (قوله كبدل الخلع) وبيانه ان التعويض فى الهبة يفيد الموهوب له سقوط حق الرجوع وهذا

من كثرة التفصيل (قوله لا يمنع الرجوع فى غيرها) أقول ليس فى محله (قوله ولا أن ينحصر العوض) أقول معطوف على قوله ان يساوى الموهوب قال المصنف (كبدل الخلع والصلح) أقول قال فى الكافى عن دم العمد وانما قيده به ليستقيم معنى الاسقاط (قوله لكنه يشترط فيه) أقول يعنى يشترط فى العوض (قوله لانا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك الخ) أقول منع هذا اليقين أخذه الواهب عوضا عن هبته (قوله فلا يحصل به) أقول فيه بحث (قوله والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح الخ) أقول فيه بحث

المعوض ما أمره به ظاهرا فصار كتعويضه بنفسه ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة فى بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوض بامره بغير أن المعوض عنه لا يرجع عليه بما عوض سواء كان بامره أو بغير أمره ما لم يضمن الموهوب له صريحا أما اذا كان بغير أمره فظاهر وأما اذا كان بامره فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان أمره بذلك أمرا بالتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان ما لم يضمن (واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع فى الهبة الا أن يرد ما بقى ثم يرجع) عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر يرجع بنصف العوض) قاس أحد العوضين على الآخر لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كما فى بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق بعض أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله (ولنا أن الباقى يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء) وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه فى البقاء لان البقاء أسهل من الابتداء ولان ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل فى الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه فى البقاء بالاستحقاق اذ به ظهر انه لا عوض من الابتداء الا هو وعورض بان الغرض أنه عوض وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض فاذا كان الكل فى الابتداء عوضا عن الكل كان النصف فى مقابلة

النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء وأجيب بان ذلك فى المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع فى شئ من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانها تتم مبادلة فيوزع البدل على المبدل والجواب عن قياس زفر أن المعوض علة الواهب العوض فى مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام وأما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شئ ثم أخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على أجزاء الحكم (قوله الا أنه) أى

قال (واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وان استحق نصف العوض لم يرجع فى الهبة الا أن يرد ما بقى ثم يرجع) وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض الا هو الا أنه يتخير لانه ما أسقط حقه فى الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرده قال (وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع الواهب فى النصف الذى لم يعوض) لان المانع خص النصف قال (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لانه مختلف بين

اذ الحكم فيما اذا باع نصفها مقسوما كذلك قطعا وتخصيص الشئ بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه كما صرحوا به وكأن وجه التقييد فى الكتاب ارادة اثبات الحكم فى المقسوم بالطريق الاولى فانه لما صح الرجوع فى الباقى فيما اذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع فى الباقى فيما اذا باع نصفها مقسوما أولى كما لا يخفى وسيأتى التعرض من الشراح لنظيره هذا فى قوله وان عوضه أجنبى عن الموهوب له متبرعا فتبصر (قوله وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وقال زفر رحمه الله يرجع بنصف العوض (أقول) هذا سهو فان المراد بالنصف فى قول المصنف وقال زفر يرجع بالنصف انما هو نصف الهبة دون نصف العوض وهذا مع كونه ظاهرا من تقرير المصنف منصوص عليه فى الكافى والكفاية وغاية البيان

السقوط ليس بشئ فيصح العوض من الاجنبى كالخلع فان المرأة تستفيد ببدل الخلع سقوط ملك الزوج عنها وقد جاز البدل من الاجنبى بخلاف الثمن فى باب البيع لان المشترى يسلم له المبيع فلا يجوز وجوب الثمن على الاجنبى ابتداء بمقابلة سلامة المبيع له وكذلك الصلح عن انكار لما لم يسلم للمصالح الا سقوط حق الخصومة يجوز أن يجب بدل الصلح على الاجنبى ابتداء بدون أن يجب عليه وكذلك الصلح عن دم العمد لانه اسقاط وكذلك الصلح عن دين سواء كان باقرار أو بانكار وفى المبسوط قال كصلح الاجنبى مع صاحب الدين من دينه على مال نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون فهذا مثله (قوله وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف) أى بنصف الموهوب اعتبارا بالعوض الآخر وهو الموهوب فانه لو استحق نصفه يرجع

الا أن الواهب (يتخير) بين أن يرد ما بقى من العوض ويرجع فى الهبة وبين أن يمسكه ولم يرجع بشئ (لانه ما أسقط حقه فى الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرد ما بقى من العوض وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع بالنصف الذى لم يعوض لان المانع خص النصف) غاية ما فى الباب أنه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كما لو رجع فى النصف بلا عوض فان قيل قد تقدم أن العوض لاسقاط الحق فوجب أن يعمل فى الكل لئلا يلزم تجزؤ الاسقاط كما فى الطلاق أجيب بانه ليس باسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة فيجوز التجزؤ باعتباره بخلاف الطلاق قال (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما الخ)

(قوله ولنا أن الباقى يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح الخ) أقول وكذلك فى بيع العرض بالعرض وجوابه بان المراد أن الباقى فيما ليس من المبادلات غير مفيد فتأمل (قوله ولان ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل فى الابتداء الخ) أقول فيه بحث فان أحد الوجهين لا يستقل وجها الا بملاحظة الآخر ووقع فى نسخة مقروءة على الشارح هكذا ولنا أن الباقى يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه فى البقاء بالاستحقاق اذ به يظهر الخ (قوله فلم يعمل بنفسه فى ايجاب حكمه) أقول فيه تسامح لان الرجوع ليس من حكمه والمراد فى ايجاب ما هو حكمه

لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضا أو القضاء لانه مختلف فيه بين العلماء قيل لان له الرجوع عندنا خلافا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة ليتقوى بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم اليها القبض وفيه نظر تقدم غير مرة والمخلص حمله على اختلاف الصحابة ان ثبت (قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل الرجوع ضعف لانه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع قال في المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ (قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) لان مقصوده منها ان كان الثواب فقد حصل وان كان العوض لم

يحصل (ف)اذا تردد(لابد من الفصل بالرضا أو القضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك) قبله (لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعده لان أول القبض غير مضمون وهذا دوام على ذلك الا أن يمنعه بعد الطلب لانه تعدى واذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان فسخا من الاصل) وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب فانه اذا كان بالقضاء كان فسخا واذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدأ

العلماء وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا أن يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون

وغيرها (قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل الرجوع ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع بملكه وقال تاج الشريعة لانه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع واقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني (أقول) في قولهم ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل لان الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور أي فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفا في ملك الغير في الجميع فلا يصح تفريع بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس اذ لو كان علة البطلان ذلك لزم أن يبطل في جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة في صورة فالصواب أن بطلانه

بنصف العوض لان كل واحد منهما يصير مقابلا بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق نصف أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بنصف ما يقابله ولنا أن الباقي يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو فان قيل في الابتداء يجعل تمليك النصف عوضا له عن جميع الهبة وأما في الاستحقاق فهو قد جعل تمليك الكل عوضا من جميع الهبة فيكون ذلك تنصيصا منه على ان النصف عوض عن نصف الهبة فلا يجوز أن يجعل بالاستحقاق النصف عوضا عن الجميع قلنا هذا التقسيم في المبادلات لان البعض ينقسم على البعض لتحقق المقابلة وهذا ليس بمبادلة على سبيل المقابلة فلا يثبت هذا التقسيم في حقه ولكن كل جزء من اجزاء العوض يكون عوضا عن جميع الهبة فلا يكون له أن يرجع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض وذكر في الاسرار بخلاف ما اذا كان العوض شرطا لانها تتم بيعا ومبادلة فيوزع البدل على المبدل فاما في مسئلتنا فالسقوط حكم والعوض علة والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزع على العلل وان كثرت فلا يبطل شيء من الحكم بذهاب بعض ما يصلح علة اذا بقي ما يصلح علة (قوله لانه) أي لان الرجوع مختلف بين العلماء فمنهم من رأى ومنهم من أبى وفي أصله أي أصل الرجوع وهاء أي ضعف وفي المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي مصدر وهي الحبل يهي وهيا اذا ضعف وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فمن الجائز أن يكون مراده الثواب والتحية وعلى هذا لا يرجع لحصول مقصوده ومن الجائز أن يكون مراده العوض وعلى هذا يرجع فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضي أو منهما لولايتهما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض (قوله وهذا دوام عليه) أي القبض المحقق دوام ذلك القبض الذي لم ينعقد سببا

(قوله لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم اليها القبض) أقول منقوض بمثل بيع الباقلاء والجوز واللوز في قشره فانه لا يجوز عند الشافعي مع أنه يفيد حكمه عندنا بلا انضمام قرينة (قوله وفيه نظر تقدم غير مرة) أقول يعني أن خلاف الشافعي متأخر فكيف يبنى الحكم المتقدم على ما يتحقق بعد (قوله والمخلص حمله على اختلاف الصحابة ان ثبت) أقول أو التابعين بل هو أولى لئلا يخالف ادعاء أصحابنا الاجماع على جواز الرجوع من الصحابة رضي الله عنهم (قوله لانه ثبت بخلاف القياس) أقول فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس (قوله قال في المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ) أقول قال مولانا ياس وهذا خطأ عظيم لان الوهي على وزن الرمي بسكون الهاء ومده مثله خطأ لا محالة انتهى أقول والعذر للمصنف أن المد للمزاوجة (قوله فاذا تردد لا بد من الفصل الخ) أقول ظاهره أن قول المصنف فلا بد من الفصل الخ تفريع على قوله وفي حصول المقصود الخ وليس كذلك بل هو متعلق بالعلل الثلاث (قوله ولو منعه فهلك قبله الى قوله بعده) أقول يعني هلك قبل القضاء وبعد القضاء فسخا

والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك أو على رفع سبب لازم يجعل العقد ابتدائيا وههنا تراضيا على رفع سبب غير لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدأ بل يكون فسخا من الاصل (حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع) كما اذا وهب الدار ثم رجع في نصفها ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتدأة لما صح فيما يحتمل القسمة كما في الابتداء فصحته دليل على بقاء العقد في النصف الآخر والشيوع طارئ لا أثر له فيها (قوله لان العقد) هو الدليل على المطلوب وتقريره أن هذا العقد جائز الفسخ لما تقدم من ثبوت حق الرجوع وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضاء لانهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق ليشمل التراضي والقضاء

فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق

بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع لما ذكر من الادلة المفصلة في مسائلها لا لكونه ثابتا بخلاف القياس واعترض بعض الفضلاء على قولهم لانه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس (أقول) هذا ساقط لانه ان أراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفا فلا محذور في ذلك اذ الظاهر أن كل ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة الى ما ثبت على وفق القياس ألا ترى أنهم قالوا كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس من الاحكام يختص بمورد النص بخلاف ما ثبت به على وفق القياس وان أراد بذلك أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفا على الرضا أو القضاء فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو كان قوله وفي أصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضا أو القضاء وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله لانه مختلف بين العلماء وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ولا تجري هذه العلة بتمامها في كل ما ثبت على خلاف القياس فلا انتقاض به ثم ان الامام المطرزي قال في المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي مصدر وهي الحبل يهي وهيا اذا ضعف اه وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشيء ونقله عنه صاحب العناية أيضا وقال وهو خطأ لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ اهـ ولا يذهب على ذي فطانة ان الخطأ ههنا انما هو في كلام صاحب العناية فانه زعم أن الوهي في قول صاحب المغرب وانما هو الوهي مقصور الوهاء وليس كذلك قطعا بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرمي ومن البين فيه قول صاحب المغرب مصدر وهى الحبل يهي وهيا حيث قال وهيا ولو كان مقصور القال وهى كما لا يخفى وقد تفطن الشارح العيني لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ لان جواز مد المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يمد والمصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فمن أين يتأتى المد اهـ ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وانما هو الوهي يعني بتسكين العين ومخطئ من وجه في قوله الوهاء بالمد خطأ لان هذا أيضا مصدر على وزن فعال كما تقول في قلى يقلي قلى وقلاء على وزن فعال ووهاء كذلك وقد قال الجوهري القلي البغض فان فتحت القاف مددت تقول قلاه يقليه قلى وقلاء اهـ كلامه (أقول) أخطأ هذا الشارح أيضا في تخطئة صاحب المغرب لان كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضي أن يكون نفسه أيضا مصدرا اذ قد تقرر في علم الادب أن مصدر الثلاثي سماعي لا يثبت بالقياس فمجيء القلاء مصدرا من قلى يقلي كما ذكره الجوهري لا يقتضي أن يكون الوهاء أيضا مصدرا من وهى يهي فان الاول مسموع دون الثاني وقول صاحب المغرب الوهاء بالمد خطأ بناء على أنه غير مسموع فلا غبار فيه على ان تخطئته اياه في قوله الوهاء بالمد خطأ ينافي تصويبه اياه في قوله وانما هو الوهي لان في قوله هذا قصر مصدر وهى يهي على الوهي بتسكين الهاء فكون الوهاء أيضا مصدرا منه ينافي ذلك قطعا ثم ان صاحب الكافي ومن حذا حذوه من الشراح كصاحبي الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضي أو منهما لولايتهما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اهـ (أقول) فيه نظر أما أولا فلأنه منقوض بفسخ العقد في البيع الفاسد اذ قد مر في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع ان المشتري اذا قبض المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته ثم ان لكل واحد من

للضمان (قوله حتى لا يشترط قبض الواهب) يعني لو كان كالهبة ابتداء لكان القبض شرطا كما في الهبة المبتدأة ولما صح الرجوع في النصف للشيوع (قوله فيظهر على الاطلاق) أي الفسخ يظهر على الاطلاق

(قوله والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك) أقول جواب بابداء الفرق بين المقيس والمقيس عليه (قوله فصحته دليل على بقاء العقد في النصف) أقول فيه بحث (قوله وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له) أقول الضمير في قوله له راجع الى صاحب الحق (قوله ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضاء) أقول فيه بحث (قوله لانهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ) أقول قوله هو راجع الى ما

وقوله (بخلاف الرد) جواب عن قياس زفـــر وتقريره أن الرد بالعيب بعد القبض انما كان فى صورة القضاء خاصة لان الحق هنالك فى وصف السـلامة حتى لو زال العيب قبـل رد المبيـع بطل الرد لسلامة حقه له لا فى الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ فاذا تراضـيا على مالم يقتضه العـقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما وأما القاضى فانما يقضى أولا بما يقتضيه العقد من وصف السـلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضى عـين ما ثبت بالقضاء فافترقا وانما قيد بقوله بعـد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء أو بالرضا وفائدة هذا أنه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثانى فى هبته كان للاول أن يرجع سواء رجع الثانى بقضاء القاضى أو بغيره خلافا لزفر فى غيره واذا رد المبيـع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يرده على بائعه كذلك و بعد القبض ان كان بقضاء (٥٠٨) فـكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قال (واذا تلفت العين الموهوبة الخ) واذا تلف الموهوب فاستحـق فضمن الموهو ب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضى السلامة وهو غير عامل له أى للواهب احـترازعـن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامـل للمودع فى ذلك القبض يحفظها لاجله فان قيل غره بايجابه الملك له فى المحل واخباره بانه ملكه والغرور يوجب الضمـان كالبائع اذا غر المشترى اجاب بان الغرور فى ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر فى الذخيرة أن الواهب لو ضمـن سـلامة الموهوب للموهوب له نصا فان ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع اما الغرور فى ضمن عقـد المعاوضة أو بالضمـان نصا فاذا وهب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على ان تهب لى هذا العبد لا أن يقول بالباء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع أما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض فى العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض و يبطل بالشيوع فان تقابضا صح العقد وصار فى حكم البيـع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانه بيـع انتهاء وقال الشافعى و زفر هو بيـع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيـع وهو التمليك بعوض والعبرة فى العقود للمعانى ولهذا كان بيـع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولنا أنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيـع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل عـلى جهتين أمكن الجمع بينهما وجب اعمـالهما لان اعمـال الشبهين ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما أما أنه مشتمل على الجهتين فظاهر وأما امكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يوجد ذلك فى البيـع كما فى البيـع الفاسد والبيـع من حكمه اللزوم وقد يوجد ذلك فى الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى المنافاة أمكن الجمع لا محالة فعملنا بهما واعتبرناه ابتـداء بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاء بمعناها وهو معنى البيـع وهو التمليك بعوض كالهبة فى المرض فانها تبرع فى الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطـل لعدم القبض ولا يتم بالشـيوع فيما يحتمـل القسـمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعانى فـلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعـنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيـع فيه اذ هو لا يصلح أن يكون مالكا لنفسه

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هنالك فى وصف السلامة لا فى الفسخ فافترقا قال (واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشئ) لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة

المتعاقدين فيه فسخ العقد قبـل القبض وكذا بعده ان كان الفساد فى صلب العـقد ولمن له الشرط ان كان بشرط زائد فصح فسخ العـقد هنالك من أحـدهما بدون رضا الآخر ولا القضاء به فصار الدليـل المزبور منقوضا به بل هو منقوض أيضا بسائر العقود الغـير اللازمة لان كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بأسرها كما صرحوا به فى مواضعه وأما ثانيا فلان قولهم كالرد بالعيب بعـد القبض ليس بسديد اذ الحق هنالك للمشترى فى وصف السـلامـة لا فى الفسخ والحق ههنا للواهب فى نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سيأتى وفرقوا بينهما بهـذا الوجه فلا يقتضى عدم انفراد المشترى هنالك بالفسخ عـدم انفراد الواهب ههنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر (قوله بخـلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هنالك فى وصف السـلامـة لا فى الفسخ فافترقا) قال صاحب العناية فى تعليل قوله لا فى الفسخ لان العيب لا يمنع تمـام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ انتهى (أقول) فيه بحث لانه ان أراد أنه اذا كان العـقد تاما لم يقتض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ولكن الكلام فى حق الفسخ لا فى ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التقريب وان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع ألا يرى أن عقد الهبـة يتم بالقبض بعد الايجاب والقبول ومع هذا يقتضى ثبوت حق الفسخ عندنا بموجب قوله عليه الصلاة والسـلام الواهب

حالتى القضاء والرضا لان اسـتيفاء الحق لا يتوقف على القضاء وهـذا لان حق الواهب فى الرجوع مقصور على العين وفى مثله القضاء وغيره سواء كالاخذ بالشفعة بخلاف الرد بالعيب بعـد القبض اذا كان بغير قضاء فانه يعتبر عقدا جديدا فى حق الثالث لان المشترى لا حق له فى الفسخ وانما حقه فى صفة السلامـة فاذا لم يكن سليما وفات المشروط كان له أن يرضى فيثبت فى حق الفسخ ضرورة فيتوقف لزوم موجب الفسخ فى حق الثالث على القضاء (قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض) أى بعد قبض المشترى اما قبل القبض ففسخ من الاصل (قوله لان الحق هنالك فى وصف السلامـة) يعنى ان فى فصل الرجوع فى الهبـة هما يفعلان عين ما يفعله القاضى فيكون فسخا وفى الرد بالعيب القاضى يلزم على الخصم أولا تسليم وصف السلامـة فاذا عجز البائع عن ذلك يفسخ البيـع فهما لم يفعلا مثل فعل القاضى فلهذا لم يصر فسخا بل يكون بمنزلة البيـع ابتداء (قوله فلا يستحق فيه السلامة) لانه لم يلزم السلامة لا صريحا ولا دلالة اما صريحا فظاهر واما دلالة

(قوله أجاب بأن الغرور الى قوله وقد تقدم) أقول يعنى تقدم فى المضاربة

وهو غير عامل له والغرور فى ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا فى غيره قال (واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض فى العوضين وتبطل بالشيوع) لانه هبة ابتداء (فان تقابضا صح العقد وصار فى حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة) لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعى رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة فى العقود للمعانى ولهـذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

أحق بهبته مالم يثب منها ولفوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقرر فيما مر فلم لا يجوز أن يثبت للمشترى أيضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سـلامـة المبيع فالاظهر فى تعليل ذلك أن يقال لان البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع أن يقتضى ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين لكون ذلك منافيا للزوم العقد بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيـه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين (قوله ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقـد أمكن) قال صاحب العناية فى تقرير هذا الدليل ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهـة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب اعمـالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحـدهما انتهى (أقول) فيه مناقشة وهى أن قوله لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما يفيد أولوية اعمال الشبهين والمدعى وجوب اعمـالهما كما ترى فلا تقريب ويمكن دفعها بعناية فتأمل

فلان دلالة الالتزام فى المعاوضة سلامة البدل له وهذا المعنى معـدوم هنا (قوله وهو غير عامل له) احتراز عن المودع اذا هلكت الوديعـة فى يده واستحقها مستحق وضمنـه فانه يرجع على المودع لان المودع عامل للمودع فى الحفظ وعن المضارب اذا اشترى شيئا بمال المضاربة ثم استحق رأس المال وضمنـه المستحق فان المضارب يرجع بالثمن على رب المال لانه عامل له أما الموهوب له فغير عامل للواهب فلا يرجع عليه (قوله والغرور فى ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع) كما فى ولد المغرور فانه يرجع بقيمـة الولد على البائع وان لم توجد المعاوضة فى الولد ولم يعمل للبائع ولكنه مغرور فى ضمن المعاوضة فيصلح سببا للضمـان لان المعاوضة عقد ضمـان فما كان فى ضمنـه جاز أن يكون سـببا للضمـان لان المتضمن له حكم المتضمن ولا كذلك هنا فان الغرور ليس فى ضمن عقد المعاوضة (قوله واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض فى العوضين الى آخره) ذكر الامام المحبوبى فى الجامع الصغير هذا الذى ذكره فيما اذا ذكره بكلمة على وأما لو ذكره بحرف الباء بان قال وهبت منـك هذا العبد بثوبك هذا أو بالف درهم وقبله الآخر يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع (قوله لانه هبة ابتداء) فان قيل لم لم يعكس الامر قلنا لان الهبة انعقاد العقد باللفظ والمقصود هو الحكم وانه بعـد تمام العقد فعند الانعقاد اعتـبرنا اللفظ لان العقد به ينعقد وعند التمام اعتبرنا المقصود كذا فى المبسوط (قوله والعبرة فى العقود للمعانى) ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وانه لو وهب بنته لرجل يكون نكاحا ولو وهب امرأته لنفسها يكون طلاقا ولو وهب عبده لنفسه كان اعتاقا ولو وهب الدين لمن عليـه كان ابراء فاللفظ واحد واختلفت العقود لاختلاف المعنى والمقصود (قوله وقد أمكن) جواب لان يقال لا يمكن الجمع هنا لتحقق المنافاة بين العـقدين فان قضيـة البيع اللزوم وترتب الملك عليـه بلا فصل وحكم الهبة على عكسه وتنافى اللازمين مستلزم لتنافى الملزومين فتحقق المنافاة بين البيع والهبـة ضرورة قلنا البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب عليه الملك كما فى البيع الفاسـد لتوقفـه على وجود القبض فلم يكن اللزوم والترتب من لوازمه ضرورة والهبـة قد تقع لازمة كهبة القريب وغـيره وقد يترتب الملك عليها بلا فصل كما لو كانت الهبـة فى يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتب من لوازمها ضرورة على أن المستحيل الجمع بين المتنافيين فى حالة واحدة فاما اذا جعلناها هبـة ابتداء و بيعا

(فصل) لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة قال (ومن وهب جارية الاحملها الخ) اعلم أن استثناء الحمل على ثلاثة أقسام قسم منها ما يجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء وقسم منها ما يبطلان فيه جميعا وقسم منها ما يصحان فيه جميعا فالاول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه اذا وهب الجارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزأ منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجيء وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع فانه اذا وهب الصوف على الظهر وأمره بجزه أو اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز استحسانا دون الحمل وأجيب بان ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء (هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة) بخلاف

وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

(فصل) قال (ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة

(فصل) لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة (قوله ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة) توضيح هذا الدليل أن الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزأ منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما تؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذكر صاحب الكفاية دليلا آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما في الكتاب حيث قال ولان الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في الملفوظ والحمل جزء من أجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناؤه لانه ليس بملفوظ اه (أقول) فيه بحث اذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الحمل في الوصية أيضا لجريانه فيها بعينه وليس كذلك قطعا على ما صرحوا به قاطبة وسيأتي في وصايا هذا الكتاب ان من أوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق

انتهاء فلم لا يجوز وهذا بخلاف بيع العبد من نفسه لانه لا يمكن فيه تحقق البيع والاعتاق لانه لا يحتمل معنى البيع بوجه ما اذ العبد لا يصلح مالكا لنفسه لانه لا يملك غيره مالا فكيف يملك نفسه والله أعلم بالصواب

(فصل) (قوله ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد) الاصل ان ما لا يصح افرازه بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه جزأ منها حقيقة وحكما ولهذا يتحرك بتحركها ويسكن بسكونها وهو متصل بها اتصال خلقة ويدخل في بيعها واعتاقها ووصيتها بدون الذكر فلا يجوز الاستثناء لان الاستثناء في الاطراف والاجزاء لا يتحقق لان الدليل المستتبع قائم ولان الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في الملفوظ والحمل بمنزلة جزء من أجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناؤه لانه ليس بملفوظ واذا لم يكن تصحيحه استثناء يبقى شرطا فاسدا لانه على خلاف مقتضى العقد لان العقد يقتضي دخول جميع الاوصاف وهذا يقتضي خلافه (قوله وهذا هو الحكم في النكاح الخ) بان تزوج امرأة على جارية واستثنى حملها يبطل الاستثناء وتصير الجارية مع الحمل مهرا وكذلك اذا جعل الجارية الحامل بدل الخلع واستثنى حملها لا يصح

(فصل ومن وهب جارية) *(قوله فالاول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح)* أقول الاولى ترك كلمة من الا أن يقال المراد ما نحن فيه في بيان جنسه (قوله وأجيب بان ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللبن) أقول فيه عساه أنه انتقض على ما مر في البيوع (قوله وهذا أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح الخ) أقول فان قيل الظاهر أن الاشارة الى عدم البطلان

بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك

بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه منه اه وقال في الكافي هنالك فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فينبغي أن لا يصح الاستثناء لانه تصرف في الملفوظ قلنا يكفي لصحته التزيي بزيه كما في استثناء ابليس على ان صحته لا تفتقر الى التناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من ألف درهم اه فيدل ذلك على عدم صحة ما في الكفاية ههنا وطولب بالفرق ههنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع فانه اذا وهب لرجل ما على ظهر الغنم من الصوف أو ما في الضرع من اللبن وأمره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فانه جائز له استحسانا وفي الحمل لا يجوز وأجيب بان ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن كذا في الشروح وعزاه في النهاية الى المبسوط (أقول) في كل من وجهي الجواب المذكور نظر أما في وجهه الاول فلأن ما في البطن لو لم يكن مالا أصلا ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح اعتاقه وتدبيره وايصاؤه وقد صح كل منها على ما نصوا عليه في مواضع ويدل على صحة الاولين أيضا المسئلتان الآتيتان ههنا وهما قوله ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز وقوله ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز وأما في وجهه الثاني فلأن كون اخراج الولد ليس اليه انما يقتضي عدم صحة الهبة فيما اذا أمره الواهب بقبض الحمل في الحال وأما فيما اذا أمره الواهب بقبضه بعد الولادة فلا اذ يمكن له حينئذ أن يقبضه بعد الولادة اصالة بدون النيابة عن الواهب ولعل هذا هو السر في ان قال بعض أصحابنا ان أمره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض يجوز استحسانا كما في الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية في أول الجواب المذكور وقال ولكن الاصح أنه لا يجوز في الحمل أصلا لان ما في البطن ليس بمال الخ *ثم أقول على فرض أن يكون الجواب المذكور بوجهيه سالما عما ذكرناه لا يندفع به السؤال المزبور لان مورد ذلك السؤال قول المصنف والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع وحاصله أن الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع أيضا من أوصاف الحيوان كالحمل على ما تقرر في باب البيع الفاسد في كتاب البيوع فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى تصح الهبة فيما دون الحمل والجواب المذكور وانما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية أخرى وذا لا يجدي شيأ يندفع به مطالبة الفرق بينها من الحيثية المذكورة في الكتاب فلا يتم المطلوب (قوله ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك) فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أجيب بان عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كذا في العناية أخذا من النهاية (أقول) ليس الجواب بسديد أما أولا فلانه لو جعل الحمل منفصلا في الحال بناء على كونه في عرضية الانفصال في ثاني الحال كان في حكم المفرز المقسوم لا في حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان أولى بجواز هبته فلا يتم التقريب وأما ثانيا فلانه

الاستثناء ويصير الحمل والجارية بدل الخلع (قوله ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت) لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ووجه المشابهة أن في صورة اعتاق الحمل لا يبقى الحمل على ملك الواهب فكذا في استثناء الحمل لان الحمل لا يبقى أيضا على ملك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبه الاستثناء والفرق ان التدبير لا يزيل ملك المدبر والموهوب متصل بما ليس بموهوب وهو في ملك الواهب فصار كهبة المشاع فيما يقسم أو كهبة شيء مشغول بملك الواهب فلم يجز فاما الاعتاق فيزيل ملك المعتق فاذا وهب الام بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك

(قوله بخلاف البيع والاجارة والرهن) اشارة الى القسم الثاني (لانها تبطل بها) أي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسنذكره فيها (ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب) لخروجه عنه بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جائزة (فأشبه الاستثناء) في امكان تجويز الهبة (ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء) في التجويز لان الجواز في الاستثناء كان بابطاله وجعل الحمل موهوبا (وههنا التدبير يمنع عن ذلك فبقي هبة المشاع) وهي لا تجوز فان قيل هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أجيب بان عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكأن المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما اذا وهب

بالشروط الفاسدة قلنا فيلزم المصادرة

قال (فان وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه شيأ منها فالهبة جائزة والشرط باطل) لان هذه الشروط تخالف مقتضى

لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كونه فى حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك أن احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدور ان على الدخول فى الملك والخروج عنه بل على عدم اضرار التبعيض واضراره كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما فى هبة الجوالق الذى فيه طعام الواهب ولكنه أمر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لانه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ويرشد اليه أن صاحب النهاية قال بعد قوله فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة كما فى هبة الجوالق وفيه طعام الواهب لم تصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع فى الهبة حكما لوجود اختلاط الملك فى الصورتين جميعا اهـ (قلت) مورد أصل السؤال قول المصنف فبقى هبة المشاع لا قوله أو هبة شئ هو مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيها للثانى دون الاول فلا يتم الجواب تأمل تقف ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر السؤال والجواب المزبورين قال وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله أو هبة شئ مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقى اهـ (أقول) فيه ركاكة ظاهرة لان الجواب المزبور ان كان مقبولا عنده فاستشعار السؤال المسفور لا يقتضى ارداف الوجه الاول بشئ آخر لكون ذلك السؤال مندفعا عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خلله ولم يبينه قط (قوله أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه شيأ منها فالهبة جائزة والشرط باطل) قال صاحب النهاية هذا على طريق اللف والنشر والا لا يصح أعنى ان قوله على أن يرد عليه شيأ متصل بقوله أو وهب له دارا وقوله أو يعوضه شيأ منها متصل بقوله أو تصدق عليه بدار وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله أو يعوضه شيأ منها بقوله أو وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر وانما لا يصح اشتراط العوض فى الصدقة لا فى الهبة وذلك انما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله أو تصدق عليه بدار اللهم الا ان أراد بقوله أو يعوضه شيأ منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح حينئذ صرف قوله أو يعوضه شيأ منها الى قوله واذا وهب دارا الا أنه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشئ بقوله على أن يرد عليه شيأ منها اهـ كلامه وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع (أقول) فى تحريرهما قصور اذ لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن معنى قوله أو يعوضه شيأ منها سيما بعد قوله على أن يرد عليه شيأ منها انما هو أن يرد بعض الدار

الواهب فهو كما لو وهب أرضا فيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له فان الهبة تتم كذا هنا وفى الكافى وشبه الاعتاق بالاستثناء فى الهداية من حيث ان الهبة تصح فى الامة كما فى فصل الاستثناء ونفى التشبيه فى فصل التدبير من حيث ان الهبة لا تصح فى الامة لان تدبير الولد مانع فلم يكن نظير الاستثناء وفى الايضاح والمعنى فيه أن الملك فى باب الهبة متعلق بفعل حسى وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما الشروط تؤثر فى العقود الشرعية لان الحسيات اذا وجدت لا مرد لها فلا يمكن أن يجعل عدما فعلى هذا كان ينبغى أن لا يفسد الرهن لان حكمه يتوقف على القبض والفرق أن القبض فى باب الرهن اعتبر حكما للرهن فان حكم الرهن يد الاستيفاء وحكم العقد يضاف الى العقد والشرط الفاسد يؤثر فى العقد وأما فى باب الهبة فالحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض فكان القبض فى حكم ركن العلة فى باب الهبة والفساد لا يؤثر فى ركن فلغا الشرط واعلم أن استثناء ما فى البطن ينقسم ثلاثة أقسام فى قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وفى قسم لا يجوز أصل التصرف كالبيع والاجارة والرهن وفى قسم يجوز التصرف

الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقى فان قيل هل يصح أن تجعل مسئلة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا أريد بالاستثناء التكلم بالباقى بعد الثنيا فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشيوع ومسئلة التدبير كذلك كما مر فكانتا متشابهتين والاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه والمصنف أراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسئلة الاعتاق تشابهه فى جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم (فان وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه شيأ منها فالهبة جائزة والشرط باطل) ولا يتوهم التكرار فى قوله على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها وانما بطل الشروط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد أو الاعتاق أو غير ذلك فقيدها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وأصل

العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها ألا ترى أن النبى عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد فى معنى الربا وهو يعمل فى المعاوضات دون التبرعات قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهى لك أو أنت منها برئ أو قال اذا أديت الى النصف فلك نصفه أو أنت برئ من النصف الباقى فهو باطل) لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا

الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ الا بتعسف بعيد وهو أن يرجع ضمير منها فى قوله أو يعوضه شيأ منها الى ما هو غير مذكور ههنا أصلا كلفظ الاعواض فيصير المعنى أو يعوضه شيأ من الاعواض لا من الدار فاستبعاد ارادة المعنى الاول كما يشعر به لفظة اللهم الا ان أراد بقوله أو يعوضه شيأ منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغى بالنظر الى نفس عبارة الكتاب ثم ان هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير فى هذه المسئلة قطعى فى المعنى الاول فانه قال فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها أو يعوضه ثلثها أو ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيأ منها الى هنا لفظه ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها فاستبعاد ارادة ذلك المعنى بل تجويز ارادة معنى آخر بالنظر الى لفظ الجامع الصغير الذى هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر لكن بقى لزوم التكرار وسنذكر ما يتعلق به وكأن الامام الزيلعى تنبه لسماجة الاستبعاد الذى يشعر به لفظة اللهم الواقعة فى كلام الشارحين المذكورين حيث غير فى شرح الكنز أسلوب تحريرهما فقال وقوله أو يعوضه شيأ منها فيه اشكال فانه ان أراد به الهبة بشرط العوض فهى والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به أن يعوضه عنها شيأ من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيأ منها اهـ كلامه (أقول) ولو اطلع على أصل هذه المسئلة وهو ما ذكر فى الجامع الصغير لترك الترديد أيضا بل قصر على الشق الثانى لكون ذلك نصا فى هذا الشق كما نبهت عليه آنفا ثم ان صاحب العناية كأنه قد اطلع على أصل المسئلة أيضا حيث لم يتعرض للشق الاول أصلا بل ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثانى ولا يلزم التكرار فقال ولا يتوهم التكرار فى قوله على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها اهـ (أقول) فيما قاله نظر لان الرد عليه وان لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به الا أنه يشمل ذلك ويعمه اذ يصدق على كل شئ من الدار الموهوبة اعطاء الموهوب له الواهب عوضا عن كل الدار أنه مردود على الواهب فكان قوله على أن يرد عليه شيأ منها مغنيا عن قوله أو يعوضه شيأ منها فلم يكن فى ذكر الثانى فائدة وهذا مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله أو يعوضه شيأ منها مصروفا أيضا الى الهبة دون التصدق وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد فى المفهوم أو فى الصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية فى هذا المقام رأيت فى بعض الحواشى أن قوله أو يعوضه شيأ منها يرجع الى التصدق فانه اذا تصدق بشرط العوض بطل الشرط واذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح (أقول) اذا وهب بشرط أن يعوض شيأ فالشرط باطل وشرط

والاستثناء جميعا كالوصية (قوله وأبطل شرط المعمر) العمرى تمليك بطريق الهبة بشرط الرد عليه متى مات المعمر له لان معنى العمرى أن تقول ملكتك هذه الدار مادمت حيا أو عمرك فاذا مت فهى لى (قوله لان الدين مال من وجه) أى بالنظر الى المال حتى وجب فيه الزكاة ووصف من وجه أى بالنظر الى الحال حتى لا يحنث لو حلف أن لا مال له ولهذا يرتد بالرد وهو آية التمليك ويتم بلا قبول وهى امارة الاسقاط والتعليق بالشرط مشروع فى الاسقاطات المحضة والاسقاطات المحضة هى التى يحلف بها دون ما فيه معنى التمليك (قوله

ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر فى رجوعها اليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد فى معنى الربا وهو يعمل فى المعاوضات والهبة ليست منها قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهى لك أو أنت منها برئ أو قال اذا أديت الى النصف فلك نصفه أو أنت برئ من النصف الباقى فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه لارتداده بالرد اسقاط من وجه لانه لا يتوقف على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه اسقاطا من وجه

والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها الى مافيه تمليك فان قيل قولهم هبة الدين ممن عليه الدين لا تتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم فان رب الدين اذا أبرأ المديون منه أو وهبه له توقف على قبوله أجيب بان توقفه على ذلك لامن حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف وأحد العاقدين

لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول (قوله قلنا انه يرتد بالرد) يفيد باطلاقه أن عمل الرد في المجلس وغيره سواء وهو المروى عن السلف وقال بعضهم يجب أن يرده في مجلس الابراء والهبة وقوله (بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها) هذا اشارة الى أن من الاسقاطات المحضة مالا يحلف بها أى لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها. ومنها ما يحلف بها (كالطلاق والعتاق) وغيرهما (والعمرى) وهو أن يجعل داره لشخص عمره فاذا مات ترد عليه (جائزة للمعمر له في حال حياته ولورثته من بعده لما روينا) أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى (والشرط) وهو قوله فاذا مات ترد عليه (باطل لما روينا) أنه عليه الصلاة والسلام أبطل شرط المعمر وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله دارى لك هبة (والرقبى) وهو أن يقول

لما انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال (والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده) لما روينا ومعناه أن يجعل داره له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة (والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف جائزة) لان قوله دارى لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى

العوض انما يصح اذا كان معلوما فعلم أن قوله أو يعوضه يرجع الى الهبة والصدقة الى هنا كلامه وأقول التوجيه الذى ذهب اليه صدر الشريعة خلاف ما أراده واضع هذه المسئلة فان واضعها الامام محمد رحمه الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه أو يعوضه ثلثها أو ربعها ولا يخفى أن ثلث الدار أو ربعها أمر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوما الا أن مشايخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا أو يعوضه شيأ منها فلفظ شيأ من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول ثم ان بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو أن المفهوم من هذا القول انه اذا وهب بشرط أن يعوضه شيأ معينا من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع أنه ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان بانه اذا وهب دارا أو خمسة دراهم بشرط أن يعوضه بيتا معينا منها أو درهما واحدا من تلك الدراهم تصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح أن يكون عوضا وللواهب أن يرجع في هبته لانعدام العوض وقال ذلك البعض ومن هذا يظهر فساد ما في بعض الحواشي أيضا كما لا يخفى انتهى (أقول) كلامه ناشئ من عدم تحقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في رد ذلك على أن يكون المراد بالتعويض في قوله أو يعوضه شيأ منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحا والامر كذلك بلا ريب وما صرح به في غاية البيان بل في عامة المعتبرات هو أنه اذا شرط الواهب أن يعوضه بعضا من العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط وهذا أيضا أمر مقرر الا عند زفر ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي فلا يرد عليهما ما توهمه ذلك البعض نعم يرد على مدارهما أنه مما لا يساعده اللفظ أصلا في أصل وضع هذه المسئلة كما نبهت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فليتأمل جدا فان تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من الاقوال مما لم أسبق اليه فاشكر الله تعالى وأتوكل عليه (قوله والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها) قال صاحب العناية هذا اشارة الى أن من الاسقاطات المحضة مالا يحلف بها كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها اه (أقول) في قوله والابراء عن الدين منها خبط ظاهر اذ قد مر آنفا أن الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه فكيف يكون من الاسقاطات المحضة فكأنه غفل عن قيد المحضة وهذا عجيب منه (قوله وقال أبو يوسف جائزة لان قوله دارى لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند أبي يوسف جائزة لان

لما روينا) أراد به قوله عليه السلام فمن أعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده (قوله والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله جائزة) حاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى

الرجل لغيره دارى لك رقبى (باطلة عند أبي حنيفة ومحمد) لا تفيد ملك الرقبة وانما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع فيه ويبيعه في أى وقت شاء لانه تضمن اطلاق الانتفاع (وعند أبي يوسف جائزة لان قوله دارى لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد) لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبى مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا من الارقاب فكأنه قال رقبة دارى لك فصار كالعمرى (ولهما) ما روى الشعبي عن شريح (أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما أن يقول ان مت قبلك فهو لك أخذت من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلا) (وقوله ولان معنى الرقبى عندهما) يشير الى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد وابداع الشئ في اللغة بعد استقرارها الاجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن فان قيل

(قوله فيكون قوله دارى لك هبة) أقول قوله هبة خبر يكون (قوله وانما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع الخ) أقول فيه بحث والظاهر

فما جوابهما عن حديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبى أجيب أنه محمول على أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقبى مفسرا بوجه واضح صحيح فاجاب بجوازه والله تعالى أعلم

(فصل في الصدقة)

لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وجعل لها فصلا قال (الصدقة كالهبة) الصدقة لا تتم الا مقبوضة لانها تبرع كالهبة فلا تجوز فيما يحتمل القسمة مشاعا لما بينا في الهبة أن الشيوع يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع فيها لان المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبة عوض عنها وفيه تامل فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن أن يقال المراد به حصول الوعد بالثواب فاذا تصدق على غنى بطل الرجوع استحسانا وفي القياس له الرجوع لان الغرض ثمة حصول العوض ووجه الاستحسان أن الصدقة على الغنى قد يراد بها الثواب واذا

ولهما أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

(فصل في الصدقة) قال (والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض) لانه تبرع كالهبة (فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة) لما بينا في الهبة (ولا رجوع في الصدقة) لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غنى استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال

قوله دارى لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبى مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا من الارقاب فكأنه قال رقبة دارى لك فصار كالعمرى انتهى (أقول) في الصورة الثانية بحث اذ على تقدير أن يكون معنى قوله دارى لك رقبى عند كون الرقبى مأخوذا من الرقبة رقبة دارى لك لا يثبت قوله وقوله رقبى شرط فاسد اذ لا فساد لان يقال رقبة دارى لك في شئ كما ترى ولا يتم قوله فصار كالعمرى كما لا يخفى (قوله ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة الخ) قال صاحب العناية يشير الى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد وابداع الشئ في اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن الى هنا كلامه (أقول) لا شك أن المصنف يشير بقوله المذكور الى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو أن يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد بل مراده بذلك ما نبه عليه صاحب الكافي وجمهور الشراح بقولهم وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تمليك للحال مع انتظار الواهب في الرجوع فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما في العمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك لان معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتا كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتى فان مت قبلك فهى لك وان مت قبلى فهى لى فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل انتهى قولهم فعلى هذا لا يتجه عليه أصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد الخ كما لا يخفى ثم ان صاحب غاية البيان قال في هذا المقام وعندى قول أبي يوسف أصح اذ غاية ما في الباب أن يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما في العمرى انتهى (أقول) فيه نظر لان الهبة انما لا تبطل بالشروط الفاسدة اذا لم يمنع الشرط

مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل أبو يوسف رحمه الله هذا اللفظ على انه تمليك للحال والرجوع الى الواهب منتظر فيكون كالعمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك لان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك وكان هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل والله أعلم

(فصل في الصدقة) (قوله لما بينا في الهبة) أراد به قوله ولان في تجويزه الزامه شيأ لم يلتزمه وهو القسمة (قوله وكذا اذا تصدق على غنى استحسانا) أى لا رجوع في الصدقة على الغني أيضا كما لا رجوع في الصدقة على الفقير ومن أصحابنا من يقول الصدقة على الغني والهبة سواء يعنى فيهما الرجوع قال لانه انما يقصد به

وهب لفقير فكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض أصحابنا الى أن الهبة والصدقة على الغنى سواء في جواز الرجوع كما انهما سواء في حق الفقير في عدمه ولكن العامة قالوا في ذكره لفظ الصدقة دلالة على أنه لم يقصد العوض والتصدق على الغنى لا ينافي القربة

المعبر *(فصل في الصدقة)* (قوله فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله) أقول كان يكفي في الايراد أن يقال حصول الثواب انما هو في الآخرة فكيف يصح أن يقال وقد حصل مع أنه مقطوع الحصول فيها لان الله تعالى لا يخلف الميعاد

(ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع) ويروى أنه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين فى مسائل القضاء (و يقال له أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى أن تكتسب فاذا اكتسب مالا يتصدق بمثل ما أنفق) وقد ذكرناه من قبل

ثبوت التمليك ابتداء وأما اذا منع ذلك فلا محالة لأن لا تبطل الهبة به ضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التمليك وفيما نحن فيه يمنع الرقبى ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرهما اياها كما حققته آنفا ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافى حيث قال وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده ولو قال دارى لك رقبى أو حبيس فهو باطل عند محمد وأبى حنيفة خلافا لابى يوسف والاصل أن الشرط فى الهبة اذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع ذلك صح الهبة و يبطل الشرط ثم تفسير العمرى أن يقول جعلت هذه الدار لك عمرك فاذا مت فهى رد على فيصح الهبة لان هذا الشرط لا يمنع أصل التمليك وتفسير الحبيس أن يقول هى حبيس عندى فان مت فهى لك وتفسير الرقبى أن يقول هذه الدار لآخرنا موتا وهى من المراقبة لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كانه يقول أراقب موتك وتراقب موتى فان مت فهى لك وان مت فهى لى فهى باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال الى هنا كلامه فاضمحل ما قاله صاحب العناية

(قوله ومن نذر أن يتصدق بماله الخ) ذكرنا هذه المسئلة مع وجوهها فى مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعادة ههنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

العوض دون الثواب ألا ترى ان فى حق الفقير جعل الصدقة والهبة سواء فى ان المقصود
الثواب فكذلك فى حق الغنى والهبة والصدقة سواء فيما هو المقصود ثم له ان يرجع فى
الهبة فكذلك فى الصدقة * ولكنا نقول فى ذكره لفظ الصدقة ما يدل على انه لم
يقصد العوض ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال المتملك ثم التصدق
على الغنى يكون قربة يستحق بها الثواب فقد يكون غنيا يملك
نصابا وله عيال كثير والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل
الثواب ألا ترى ان عند اشتباه الحال يتأدى
الواجب من الزكاة بالتصدق عليه
ولا رجوع له فيه بالاتفاق
فكذلك عند العلم
بحاله لا يثبت له حق
الرجوع والله
أعلم

*(تم الجزء السابع من تكملة فتح القدير لمولانا شمس الدين المعروف بقاضى زاده أفندى مع الكفاية
و يليه الجزء الثامن أوله كتاب الاجارات)*

